CURSO DE DIREITO

Letícia Mota

OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTIL NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONUMIDOR

Santa Cruz do Sul
2016

Letícia Mota

OS LIMITES DA PUBLICIDADE INFANTIL NO CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONUMIDOR

Trabalho de Conclusão de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Prof.ª MSc. Veridiana Maria Rehbein
Orientadora

Santa Cruz do Sul

2016

TERMO DE ENCAMINHAMENTO DO TRABALHO DE CURSO PARA A BANCA

Com o objetivo de atender o disposto nos Artigos 20, 21, 22 e 23 e seus incisos, do Regulamento do Trabalho de Curso do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC – considero o Trabalho de Curso, modalidade monografia, da acadêmica Letícia Mota adequado para ser inserido na pauta semestral de apresentações de TCs do Curso de Direito.

Santa Cruz do Sul, 22 de novembro de 2016.

_____

Prof.ª MSc. Veridiana Maria Rehbein

Orientadora

À minha família.

Não basta ensinar ao homem uma especialidade, porque se tornará assim uma máquina utilizável e não uma personalidade. É necessário que adquira um sentimento, um senso prático daquilo que vale a pena ser empreendido, daquilo que é belo, do que é moralmente correto.

(EINSTEIN, Albert).

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus familiares e meu namorado, pelo incentivo e pela paciência comigo neste momento, por acreditarem no meu potencial.

A meus amigos, que compreenderam minha ausência, em prol do tempo dedicado aos meus estudos e também para a realização deste trabalho monográfico.

A minha professora orientadora, Veridiana Maria Rehbein, pela atenção e empenho na elaboração deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como escopo "os limites da publicidade infantil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor". Tratando primeiramente do estudo sobre a história do direito do consumidor no mundo e também a origem do direito do consumidor no Brasil, até os dias atuais. Após iremos tratar da análise dos sujeitos na relação de consumo que é caracterizado pela classe dos consumidores equiparados. Posteriormente é feito um estudo sobre a relação jurídica de consumo que tem como elemento sujeitos como, o passivo (consumidor), o sujeito ativo (fornecedor) e o objeto (a aquisição de produto ou serviço), descrevendo as características do consumidor e fornecedor. Em seguida a pesquisa sobre os pressupostos que estabelecem as práticas comercias, pois equiparam-se todas as pessoas expostas ou não a essas práticas comerciais, abordaremos sobre o tema de responsabilidade civil nas relações de consumo. Descrevendo logo mais adiante, o que se refere sobre o tema do fato do produto e do serviço como também o vício do produto e do serviço. Na sequência é observada a tutela coletiva do consumidor que se destina a proteção de todos os titulares do direito violado. E por fim a questão da publicidade no código de defesa do consumidor, que também irá tratar sobre a publicidade infantil. Para isto, utiliza-se o metodologia de pesquisa bibliográfica que consiste, basicamente, na leitura, fichamento e comparação das teorias dos principais autores do Direito que tratam desse problema.

Palavras-chave: sujeitos na relação de consumo; práticas comerciais; publicidade.

ABSTRACT

The present monographic work has as scope "the limits of children's advertising in the Code of Protection and Consumer Protection". First dealing with the study on the history of consumer law in the world and also the origin of consumer law in Brazil, to the present day. Afterwards, we will address the subjects' analysis in the relation of consumption that is characterized by the class of the comparable consumers. Later, a study is made on the legal relationship of consumption, which has as subject the subjects such as the passive (consumer), the active subject (supplier) and the object (the acquisition of product or service), describing the characteristics of the consumer and supplier. Then the research on the assumptions that establish the commercial practices, since they are all people exposed or not to these commercial practices, we will approach on the subject of civil responsibility in the relations of consumption. Describing later, what is referred to on the subject of the fact of the product and the service as well as the addiction of the product and the service. Following is observed the collective guardianship of the consumer that is intended to protect all the owners of the violated right. And finally the issue of advertising in the consumer protection code, which will also deal with children's advertising. For this, the methodology of bibliographical research is used, basically, in the reading, registration and comparison of the theories of the main authors of the Law that deal with this problem.

Keywords: Subjects in the consumption relationship; Business practices; advertising.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....09
2 HISTÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR.....11
2.1 Origem do Direito do consumidor no Brasil.....13
2.2 Sujeitos da relação de consumo.....16
2.3 Relação jurídica de consumo.....19
3 PRÁTICAS COMERCIAIS.....23
3.1 Responsabilidade Civil nas relações de consumo.....26
3.2 Fato do produto e do serviço.....27
3.3 Vício do produto e do serviço.....29
3.4 Tutela coletiva do consumidor.....32
4 A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....36
4.1 Vulnerabilidade majorada.....42
4.2 Publicidade infantil.....44
5 CONCLUSÃO.....51
REFERÊNCIAS.....54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa proporcionar uma visão mais abrangente sobre o que diz respeito aos limites da publicidade infantil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, mas para isso será necessário analisar primeiramente o surgimento do código do consumidor e do que se trata este direito que abarca o público infantil.

Num primeiro momento, é feito um levantamento histórico do surgimento do direito do consumidor, tratando sobre a Revolução Industrial, ocorrendo assim grandes transformações, gerando um aumento na capacidade produtiva do ser humano, logo após isso a produção começou a ser em massa, em grandes quantidades, havendo grandes mudanças na produção e distribuição das mercadorias. Também será abordado o surgimento do direito do consumidor no Brasil, que foi criado em 1974, denominado de Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON). Após este momento histórico, foi feita uma analogia sobre o que diz respeito sobre os sujeitos da relação de consumo, sendo classificados como espécies de consumidores equiparados, sendo referidos pelo Código de Defesa do Consumidor em razão da aplicação da tutela protetiva. Num próximo momento é analisado a relação jurídica de consumo, visando em um determinado momento as relações contratuais ou extracontratuais, individuais ou coletivas, no que dizem respeito aos sujeitos desta relação jurídica que são denominados de fornecedores e consumidores.

No segundo capítulo, será retratada a temática sobre as práticas comerciais, que tem como objetivo a proteção no equilíbrio dos desiguais, assegurando a equiparação das pessoas sujeitas ou não a estas práticas comerciais. Será estudado neste trabalho a responsabilidade civil nas relações de consumo, demonstrando que quem cometer algum erro em relação ao vicio ou defeito de algum produto ou serviço fornecido, independentemente ou não dá culpa irá responder por seus atos, refere-se também que o fato do produto e do serviço ou vicio do produto ou serviço, será responsabilizado o fornecedor, em razão aos danos causados. Já na tutela coletiva o tema respectivo é em razão da coletividade, tendo como base o direito violado, podendo ser exercido em juízo individual ou coletivo.

Enfim, o terceiro e último capítulo, que tem como proposito o presente estudo, que trata sobre a publicidade no código de defesa do consumidor, apresentando a evolução histórica da publicidade, pois na Revolução Industrial a publicidade tornou-se essencial, como meio de comunicação na sociedade de consumo, demostrando

seus produtos aos consumidores. E o assunto principal deste trabalho que se dá em virtude da publicidade infantil, observando a presunção de vulnerabilidade do consumidor e a notória vulnerabilidade agravada das crianças e adolescentes, em razão da deficiência de julgamento e de discernimento, devendo a publicidade infantil ser restringida com base no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo como o objetivo principal analisar a tutela aos consumidores, pelo Código de Defesa do Consumidor, em relação aos danos causados pela publicidade, especialmente aquela direcionada ao público infantil, podendo se dar a sua proteção efetiva.

Este trabalho buscou, como metodologia empregada, a leitura de obras doutrinarias de autores renomados, dispositivos legais, bem como de artigos de autores contemporâneos e lecionadores do ramo do Direito, para tratar do tema em foco.

2 HISTÓRIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Iniciar-se-á esse trabalho com uma análise das causas que desencadearam o surgimento do direito do consumidor para, após, abordar especificamente o Código de Proteção e Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990.

Com a Revolução Industrial houve um aumento na capacidade produtiva do ser humano. O núcleo familiar era de pequeno número de pessoas, se fazendo suficiente a produção manual, artesanal e mecânica. A partir dessa revolução a produção começou a ser em massa, em grande quantidade. Se antes era o próprio produtor que se encarregava de fazer a distribuição da mercadoria dos seus produtos, tendo assim, o total domínio do processo de fabricação, sabendo o que produzia, o que vendia e para quem vendia, com o passar do tempo essa distribuição começou a ser em grande quantidade pelos grandes atacadistas, tanto os comerciantes como os consumidores começaram a receber seus produtos fechados, embalados, sem nenhuma condição de conhecer seu real produto (CAVALIERI FILHO, 2011).

Segundo Cavalieri Filho (2011, p. 3), a origem do direito do consumidor está relacionada com a Revolução Industrial:

> O novo mecanismo de produção e distribuição impôs adequações também ao processo de contratação, fazendo surgir novos instrumentos jurídicos: os contratos coletivos, contratos de massa, contratos de adesão, cujas cláusulas gerais seriam estabelecidas prévia e unilateralmente pelo fornecedor, sem a participação do consumidor.

Como grande aumento populacional nas metrópoles, acabou gerando um acréscimo de demanda, possibilitando um aumento considerável na oferta, as indústrias passaram a querer produzir mais, para vender para mais pessoas. Ocasião em que foi criada a chamada produção em série, "*standartização*" da produção, a homogeneização da produção. A indústria passou então a ter capacidade de entregar, para um maior número de pessoas, mais produtos e serviços (NUNES, 2009, p. 3).

Conforme entendimento de Nunes (2009, p. 3, grifado no original):

> Essa produção homogeneizada, "standartizada", em série, possibilitou uma diminuição profunda dos custos e um aumento enorme da oferta, indo atingir, então, uma mais larga camada de pessoas. Esse modelo de produção é um modelo que deu certo; veio crescendo na passagem do século XIX para o século XX; a partir da Primeira Guerra Mundial houve um

> incremento na produção, que se solidificou e cresceu em níveis extraordinários a partir da Segunda Guerra Mundial com o surgimento da tecnologia de ponta, do fortalecimento da informática, do incremento da telecomunicação etc.

Outro grande fator foi o desenvolvimento tecnológico e científico, trazendo muitos benefícios para toda sociedade em geral, mas também aumentou infinitamente os riscos do consumidor, pois na produção em série um único defeito de concepção ou fabricação pode trazer grandes riscos e efetivos danos para um número indeterminados de consumidores (CAVALIERI FILHO, 2011).

Segundo Cavalieri Filho (2011, p. 3): “são riscos do consumo, riscos em série, riscos coletivos”.

Como exemplo dos riscos aos quais o consumidor é submetido cita-se o talco Morhange em 1972, que causou intoxicação em muitas crianças, levando algumas delas a morte por um defeito de concepção do produto fabricado. O azeite Espanhol que causou uma forte pneumonia atípica em milhares de pessoas; e também o caso do silicone nos Estados Unidos, que causou câncer em centenas de mulheres. Esses grandes casos mencionados foram apenas uma parte de todos acidentes de consumo, atingindo milhares de vítimas (CAVALIERI FILHO, 2011).

Analisando o problema em profundidade da ordem jurídica nas relações de consumo, exigia-se uma nova postura jurídica, capaz de permitir o delineamento de um novo direito, fundando em princípios modernos e eficazes (CAVALIERI FILHO, 2011).

Conforme Cavalieri Filho, (2011, p. 4) “[...] nos principais países do mundo, após uma longa e criativa atuação jurisprudencial, foram editadas leis especificas para disciplinar as relações de consumo entre os quais o Brasil”.

Os primeiros movimentos pró-consumidor surgiram, conforme Cavalieri Filho (2011, p. 4):

> No final do século XIX e início do século XX, surgiram os primeiros movimentos pró-consumidores nos países que estavam em franco desenvolvimento industrial, como a França, a Alemanha, a Inglaterra e, principalmente, os Estados Unidos.

O consumidor começou a ser reconhecido como sujeito de direitos específicos tutelados pelo Estado somente na década de 1960 com a mensagem do Presidente John Fitzgerald Kennedy, tendo sido apontado como marco inicial deste novo direito (CAVALIERI FILHO, 2011).

O Presidente John Fitzgerald Kennedy, presidindo a maior potência capitalista do mundo pós-guerra, define o que é consumidor na data de 15 de março de 1962, ficando reconhecida internacionalmente como Dia dos Direitos dos Consumidores.

> Consumidores, por definição, somos todos nós. Os consumidores são o maior grupo econômico na economia, afetando e sendo afetado por quase todas as decisões econômicas, públicas e privadas [...]. Mas são o único grupo importante da economia não eficazmente organizado e cujos posicionamentos quase nunca são ouvidos. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 5).

Da mesma forma, a Comissão de Direitos Humanos merece destaque, pois no ano de 1973 reconheceu aos consumidores os direitos básicos como a segurança, a informação e o respeito, entre outros. A Assembleia Consultiva do Conselho da Europa ainda em 1973, criou a Carta de Proteção do Consumidor, esta carta serviu de base para Resolução do Conselho da Comunidade Europeia em 1975 (CAVALIERI FILHO, 2011).

Na França nasceu as primeiras leis consumeristas, sendo elas a Lei de 22/12/1972, a Lei 27/12/1973, e as Leis nº 78,22 e 23, de 10/01/1978 (CAVALIERI FILHO, 2011).

2.1 Origem do direito do consumidor no Brasil

No Brasil, por volta dos anos de 1970, surge o tema da defesa do consumidor com a criação das primeiras associações civis e entidades governamentais. Foi criado, na cidade do Rio de Janeiro no ano de 1974, o Conselho de Defesa do Consumidor (CONDECON). Na cidade de Curitiba foi criada, no ano de 1976, a Associação de Defesa e Orientação do Consumidor (ADOC). O Sistema Estadual de Proteção ao Consumidor foi criado em maio de 1976, sendo o atual PROCON. Assim, houve uma acentuada desigualdade ganhando força entre produtores e distribuidores por um lado, e consumidores, por outro lado (CAVALIERI FILHO, 2011, grifado no original).

Segundo Henry Ford, citado por Cavalieri Filho (2011, p. 8), “o consumidor é o elo mais fraco da economia; [...] ser mais forte do que seu elo mais fraco”. A finalidade do Direito do Consumidor, é restabelecer o equilíbrio na relação entre o fornecedor e o consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011).

Percebe-se assim, que o consumidor se encontrava em total desigualdade frente ao fornecedor, tornando-se vulnerável técnica, fática e juridicamente (CAVALIERI FILHO, 2011).

Por fim, a vulnerabilidade é essencial no conceito de consumidor, conforme o entendimento de Cavalieri Filho (2011, p. 8):

> As normas desse novo direito estão sistematizadas a partir dessa ideia básica de proteção de determinado sujeito: o consumidor, por ser ele vulnerável. Só se justifica a aplicação de uma lei protetiva em face de uma relação de desiguais. Entre as partes iguais não se pode tratar privilegiadamente uma delas sob a pena de violação do princípio da igualdade.

Observando o texto da Constituição Federal Brasileira de 1988, é possível perceber que a Constituição evoluiu com a história e também com o modelo de produção industrial, sendo de um regime capitalista o fundamento da República Federativa do Brasil, mas de um tipo definido pela Carta Magna, conforme está elencado no seu artigo 1º, inciso IV (NUNES, 2009).

Observando o artigo 170 da Constituição Federal, que fala sobre os princípios gerais da atividade econômica, a República Federativa do Brasil tem sua interpretação nos valores sociais do trabalho e nos valores sociais da livre iniciativa, sempre gerando responsabilidade social quando se fala em regime capitalista brasileiro (NUNES, 2009).

No Brasil, o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, se dá após a evolução nacional e internacional exposto anteriormente, e tem como objeto a concretização de princípios constitucionais, sendo criado por determinação constitucional (artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

A respeito do voto do Ministro Cezar Peluso, Presidente do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário n° 351.750, citado pelo autor Cavalieri Filho (2011, p. 11):

> A defesa do consumidor, além de objeto de norma constitucional, é direito fundamental (art. 5, XXXII), de modo que não se pode ser restringida por regra subalterna, nem sequer por Emenda Constitucional, enquanto inserta em cláusula pétrea (art. 60, § 4º, inc. IV).

Se tratando sobre a questão da defesa do consumidor, a tutela coletiva na forma mais concreta é, sem dúvida, a transmissão de direitos subjetivos. Podendo-se observar como parte da estratégia legislativa do Código, por tanto a inovação de constituir novos direitos e preconizar a titularidade do sujeito de direitos consumidor,

quanto o de mencionar direitos pré-existentes, em alguma medida universais, a tutela especial do consumidor (MIRAGEM, 2013).

Segundo o que diz respeito ao direito fundamental, menciona o jurista Miragem (2013, p. 55):

> O legislador brasileiro, como modo de realização do direito fundamental, optou por constituir novos direitos ou referir os já existentes por meio da criação pela lei, dos chamados direitos básicos do consumidor. Estes direitos básicos, estabelecidos no artigo 6° do Código, devem ser vislumbrados, em princípio, não como um grupo de normas dotadas, originalmente, de coerência e homogeneidade. São, antes, normas que derivam de um sem número de diplomas legais e disciplinas tradicionais da ciência e da dogmática jurídica, e que a partir de um critério de identidade com determinado interesse reconhecido pela ordem jurídica, redundam na formação de um corpo especifico de normas de proteção [...].

Desta maneira, além de ser um direito fundamental, por força constitucional, art. 170, inc. V, a defesa do consumidor é um princípio da ação econômica. Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor surge para inovar, originando novos princípios, área e objetos de aplicação, tendo como objetivo a proteção do sujeito, mesmo quando este for protegido por outras leis (CAVALIERI FILHO, 2011).

Acerca da importância da Constituição Federal Brasileira de 1988, segundo Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 34, grifado no original):

> A constituição Federal de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil, e o Código de Defesa do Consumidor, [...], que ganha sua denominação justamente do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, recebe assim uma garantia constitucional (hierarquia superior e de ordem pública), construindo um direito privado que inclui a defesa do consumidor como um de seus valores, e não só a livre iniciativa (ou a autonomia privada, ou autonomia da vontade das partes e liberdade de contratar). [...], em uma visão sistemática do ordenamento jurídico, onde a Constituição é o ápice e guia de todo o direito [...].

Discorre também sobre a Constituição Federal de 1988, Nunes (2009, p. 6):

> Quando examinamos o texto da Constituição Federal brasileira de 1988, percebemos que ela inteligentemente prendeu com a história e também com modelo de produção industrial [...]. Podemos perceber que os fundamentos da República Federativa do Brasil são de um regime capitalista, mas de um tipo definido pela Carta Magna. Esta, em seu art. 1º, diz que a República Federativa é formada com alguns fundamentos, dentre eles a cidadania, a dignidade humana e, como elencados no inc. IV do art.1º, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

2.2 Sujeitos da relação de consumo

Conforme elenca a definição jurídica de consumidor, que está estabelecida no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, o consumidor padrão, standard, que a doutrina majoritária classifica com espécies de consumidores equiparados, se caracterizam pela efetivação de um ato material de consumo, sendo referidos deste modo para permitir a aplicação da tutela protetiva do Código de Defesa do Consumidor, em benefício da coletividade, de contratante vulnerável ou mesmo das vítimas de acidente de consumo (MIRAGEM, 2013).

Segundo Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 53):

> A defesa do consumidor, como sujeito-vítima, como sujeito-contratante, como agente econômico nos momentos pré e pós-contratual, como pessoa cujos dados estão contidos em um banco de dados de comerciantes ou de crédito, a defesa do consumidor na relação de consumo, quanto à sua qualidade-adequação, quanto à sua qualidade-segurança, quanto à quantidade prometida, proteção através da sanção administrativa e penal daqueles que abusam ou violam os direitos deste consumidor – é esta a linha básica que use matérias tão diversas, no CDC, sejam normas de direito privado (arts. 1º a 54), sejam normas administrativas, penais, processuais e as disposições finais sobre direito intertemporal (arts. 55 a 119).

O artigo 2° do Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/90) dispõe:

> 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.

O caput do artigo 2° do Código de Defesa do Consumidor estabelece que o consumidor pode ser tanto pessoa física como jurídica, tanto uma como a outra terá sua proteção do Código de Defesa do Consumidor. É denominado consumidor quem adquirir, contratar a aquisição de um produto ou serviço, também quem apenas utilizar o produto ou serviço. Conclui-se que a relação de consumo pode resultar de um contrato, meramente de fato (um contrato social), que determina por si só a existência de uma relação de consumo. O critério oferece, por outro lado, um desafio para a definição de consumidor standard, definição usada para o destinatário final. Para o efeito que visa justificar a proteção em geral, o consumidor que adquire o produto ou o serviço de um profissional, caracteriza-se a vulnerabilidade do consumidor, pois esse se coloca em posição mais favorável (MIRAGEM, 2012, grifado no original).

Segundo o entendimento de Silva Neto (2013, p. 30):

> O legislador brasileiro optou por uma concepção objetiva de consumidor, considerando este toda e qualquer pessoa que adquire ou utiliza produto ou serviço. O Código é expresso e determinar que também pessoas jurídicas poderão ser consumidoras, se adquirirem o produto ou serviço como destinatárias finais.

A definição do consumidor é ampla em seu alcance material. No Código de Defesa do Consumidor a definição de consumidor não é meramente contratual (o adquirente), mas tende também a proteger as vítimas desses atos ilícitos pré-contratuais como as práticas comerciais abusivas, as propagandas enganosas, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, se os acidentes de consumo tenham ou não sido usados os produtos ou serviços como destinatários finais.

Em relação ao consumidor equiparado - conceito encontrado no parágrafo único do artigo 2°, artigo 17 e artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor - percebe-se que não necessita a existência de um ato de consumo (aquisição ou utilização direta), bastando o sujeito ser exposto as situações previstas no Código, seja na condição de uma coletividade de pessoas, conforme se refere o artigo 2°, parágrafo único do CDC, como sendo vítima de um acidente de consumo como se refere o artigo 17 do CDC, ou como destinatários de práticas comerciais, de formação e execução do contrato como diz o artigo 29 do CDC (MIRAGEM, 2012, grifado no original).

A coletividade, que está prevista no Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 2º, parágrafo único, dispõe, que se equipara a consumidores a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. Essa equiparação serve para fundamentar a proteção coletiva dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos que estão fundados no artigo 81 e incisos do Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2012).

As vítimas de acidente de consumo, como prevê o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, para os efeitos desta seção, equiparam-se aos consumidores com sendo todas as vítimas do evento. Esta seção é a que regula a responsabilidade dos fornecedores por algum fato do produto ou serviço que venha a acontecer. Nesses casos inclui-se a responsabilidade como danos à saúde, a integridade ou o patrimônio do consumidor (chamados de acidente de consumo). Se o consumidor tenha adquirido ou não, utilizado ou não o produto ou serviço, ele vai

estar equiparado pela norma, basta que tenha sofrido danos decorrentes de um acidente de consumo (MIRAGEM, 2012).

A definição de fornecedor encontra-se no caput do artigo 3° do Código de Defesa do Consumidor que dispõe:

> 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.

Nesse sentido é correto afirmar que o conceito de fornecedor, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, são todos membros da cadeia de fornecimento, definindo-se as extensões de seus deveres jurídicos, e também sobre a matéria de responsabilidade civil (MIRAGEM, 2012).

Considera-se fornecedor para Cavalieri Filho (2011, p. 73, grifado no original):

> A estratégia do legislador permite considerar fornecedor todos aqueles que, mesmo sem personalidade jurídica ("entes despersonalizados"), atuam nas diversas etapas do processo produtivo (produção-transformação-distribuição-comercialização-prestação), antes da chegada do produto ou serviço ao seu destinatário final.

Serão tratados pela lei como fornecedores todos aqueles fornecedores ou produtores originários e também todos os intermediários (intervenientes, transformadores, distribuidores) e, ainda, o comerciante, desde que façam disso suas atividades principais ou profissões (CAVALIERI FILHO, 2011, grifado no original).

Neste sentido, Cavalieri Filho (2011, p. 73), salienta que "todos os intermediários (intervenientes, transformadores, distribuidores) e, afinal, o comerciante – desde que façam de suas atividades essenciais ou profissões, serão tratados pela lei como fornecedores".

Nessa perspectiva é importante lembrar, no que versa sobre a relação de consumo:

> Não caracterizam relação de consumo as relações jurídicas estabelecidas entre não profissionais, causal e eventualmente, o que, nada obstante, não os desonera dos deveres de lealdade, probidade e boa-fé, visando ao equilíbrio substancial e econômico do contrato, que deve cumprir a sua função social. (CAVALIERI FILHO, 2011, p. 73).

A ideia que aduz sobre o conceito de fornecedor se dá em relação as atividades profissionais, habituais e com finalidades econômicas, com vistas à satisfação de um fim econômico unitário e permanente, dentro de um respectivo perfil organizado e unificado (CAVALIERI FILHO, 2011).

Conforme o entendimento do Nunes (2009, p. 90):

> Finalmente, apresente-se desde já uma distinção feita pelo CDC, [...], mas que diz respeito ao conceito de fornecedor. Este é o gênero do qual o fabricante, o produtor, o construtor, o importador e o comerciante são espécies. Ver-se-á que, quando a lei consumerista quer que todos sejam obrigados e/ou responsabilizados, usa o termo fornecedor. Quando quer designar algum ente especifico, utiliza-se de termo designativo particular: fabricante, produtor, comerciante etc.

O código de Defesa do Consumidor conforme consta em sua aplicação, em o reconhecimento de uma pessoa física ou jurídica ou de um ente despersonalizado como fornecedor de serviços, sendo esses critérios puramente objetivos, independentemente de sua natureza jurídica e até mesmo o fato de se tratar de uma sociedade civil, basta que desempenhem determinada atividade no mercado de consumo mediante remuneração (CAVALIERI FILHO, 2011).

2.3 Relação jurídica de consumo

A relação jurídica de consumo que está prevista no Código de Defesa do Consumidor, tem que conter todos elementos necessários na sua relação jurídica. Esses elementos simplificadamente são o sujeito passivo (consumidor), o sujeito ativo (fornecedor) e o objeto (a aquisição de produto ou serviço). O elemento que apresenta maior complexidade, dentre esses, é a definição de consumidor (SILVA NETO, 2013, grifado no original).

No tocante a norma jurídica, aqueles que participam de alguma maneira da relação social, tem definido ser um vínculo elaborado pelo Direito, sendo ela uma relação jurídica, cada um dos envolvidos, tem suas respectivas atribuições. Um dos sujeitos tem o poder e o outro sujeito tem o dever ou a subordinação, essa procedência vincula o Direito, característica essa da norma jurídica (CAVALIERI FILHO, 2011).

O objeto da relação de consumo do produto e do serviço, conforme entendimento de Cavalieri Filho (2011, p. 74):

> O objeto da relação jurídica de consumo é a prestação a qual tem direito o consumidor e a qual está obrigado o fornecedor, em razão do vínculo jurídico que os une. O objeto de uma relação jurídica, como cediço, é o elemento em razão do qual a relação se constitui e sobre o qual recai tanto a exigência do credor, como a obrigação do devedor. O objeto desta prestação, este sim, será um produto ou um serviço. Destarte, uma relação jurídica de consumo, em sentido estrito, será caracterizada pela presença, em um dos polos, do consumidor padrão (ou standard ou stricto sensu, assim definido pelo caput do art. 2° do CDC, no outro polo, um fornecedor, assim definido pelo caput do artigo 3° do CDC, e finalmente, pela existência de um vínculo jurídico de direto material decorrente da celebração de contrato de fornecimento de produto (artigo 3°, § 1°) ou de prestação de serviço (artigo 3°, § 2°).

Conforme o entendimento do Cavalieri Filho (2011, p. 57):

> [...] relação jurídica como toda relação social disciplinada pelo Direito. [...] defini-las como toda relação da vida social que produz consequências jurídicas. Logo, toda relação jurídica é social, mas nem toda relação social é jurídica, somente aquela que, por sua relevância, é disciplinada pelo Direito.

“As relações de consumo têm uma relação contratual ou extracontratuais, individuais ou coletivas” (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012, grifado no original).

Dessa forma se dá o conceito de consumidor e fornecedor, sendo esses dependentes, uma vez que só haverá relação de consumo com a presença desses dois sujeitos (MIRAGEM, 2012).

O conceito de consumidor, standardt, que se encontra no artigo 2° do Código de Defesa do Consumidor tem como definição jurídica estabelecida, sendo considerada pela doutrina majoritária como consumidores equiparados, caracterizando-se ou não como tal. Desta forma são referidos, para permitir a função na tutela coletiva do CDC, a favor da coletividade, das vítimas expostas ao poder abusivo do parceiro mais forte (MIRAGEM, 2016, e-book).

Ainda sobre o conceito de consumidor standart, destaca Miragem (2016, e-book, grifado no original):

> Por outro lado, o critério que oferece maior desafio para a definição do *consumidor standard* é a interpretação da expressão *destinatário final*. Isto porque, em geral, vai se considerar o consumidor, para efeito de justificar a proteção legal que recebe, como o leigo, o não profissional que adquire produto ou serviço de um profissional, especialista, que por isso coloca-se em posição mais favorável, caracterizando a vulnerabilidade do consumidor.

Distingue-se entre a doutrina jurídica, dentre seus elementos de uma relação jurídica os sujeitos, o objeto, o fato jurídico e a garantia, a interpretação do âmbito de aplicação da lei especial do consumidor, objetiva sua proteção em determinadas relações nas quais manifesta esta qualidade, impondo antes de tudo a definição conceitual dos seus fundamentos constitutivos (MIRAGEM, 2013).

Conforme entendimento de Miragem (2013, p. 135, grifado no original):

> [...], de acordo com a técnica legislativa adotada no direito brasileiro, não existe no CDC uma definição especifica sobre o que seja *relação de consumo*. Optou o legislador nacional por conceituar os sujeitos da relação, *consumidor* e *fornecedor*, assim como seu objeto*, produto* ou serviço. No caso, são considerados conceitos relacionais e dependentes. Só existira um *consumidor* se também existir um f*ornecedor*, bem como um produto ou serviço.

O desenvolvimento da relação jurídica de consumo está sujeito ao mesmo processo jurídico. As diretrizes jurídicas de proteção do consumidor, nelas envolvido os princípios, incidem sempre que ocorrem, em qualquer área do direito, a práticas de consumo, desse modo entendido o fornecimento de produtos, a prestação de serviços, os acidentes de consumo e outros suportes fáticos, e operam os efeitos jurídicos nelas presumidos. Nesta relação diferencia-se sempre os sujeitos que são sempre o consumidor e o fornecedor, e terá por elemento produtos e serviços (CAVALIERI FILHO, 2011).

Quanto a regulamentação das relações de consumo, podemos especificar a teoria econômica liberal, na qual se compreende que a concorrência por si só equipararia os negócios dos consumidores e das empresas, de modo que não seria essencial regular as relações de consumo, pois os interesses dos consumidores seriam satisfeitos pelas empresas, já que se determinada empresa não produzisse produtos e serviços de qualidade e com preço baixo, outra empresa o faria. Porém, outras causas influenciam o mercado, de modo que este não consegue, a autorregulação para produzir produtos e serviços de qualidade e com preço baixo (SILVA NETO, 2013).

Orlando Celso da Silva Neto (2013, p. 12), afirma que:

> Déficit de informações, déficit de capacidade de analisar informações (mesmo que estas sejam prestadas de forma integral), acordos de preço, dificuldades físicas de transporte e entrega de mercadorias, práticas predatórias, monopólios naturais, oligopólios, assim como dezenas de outros fatores, fazem com que não se possa deixar a autorregulação a cargo do mercado, especialmente a autorregulação das relações de consumo.

Desta forma, o governo deve regular as relações de consumo com a finalidade de conter o prejuízo do consumidor pelas falhas do mercado, gerando deveres legais ao fornecedor, por exemplo. Tendo em vista distinção do consumidor diante do fornecedor, se busca igualá-los (SILVA NETO, 2013).

Segundo Gustavo Tepedino, citado por Orlando Celso da Silva Neto (2013, p.17):

> Ao completar vinte anos, pode-se dizer que formas de interpretação e, de maneira mais abrangente, de inserção do Código de Defesa do Consumidor no ordenamento e na prática jurídica nacional passaram por três grandes fases sucessivas.

Ocorre que a primeira fase havia um impasse de aceitação e utilização do Código de Defesa do Consumidor por parte dos tribunais, já na segunda fase ocorre um radicalismo consumerista, quando tudo é considerado como relação de consumo e o consumidor conseguiria fazer tudo; na terceira fase, a que vivemos no presente momento, verificamos um maior reconhecimento na importância do Código de Defesa do Consumidor, até mesmo para o exercício da cidadania, bem como a idealização de que este código simboliza direitos fundamentais da pessoa.

Orlando Celso da Silva Neto (2013, p. 18), diz que:

> Nenhuma dessas fases é estanque, mas pode se aceitar que representem a ideia predominante da época, e hoje, a ideia predominante é de que o Código deva ser interpretado dentro (a partir) de uma concepção funcionalista, e que a função do Código é proporciona proteção ao consumidor.

Além do mais, o Estado tem o dever de administrar o mercado de modo que se busque a igualdade de atuação, de forma que o mercado se torne eficaz e seguro para os consumidores (SILVA NETO, 2013).

3. PRÁTICAS COMERCIAIS

Conforme estabelece o artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, os consumidores expostos as práticas comerciais, para os fins deste capitulo e do seguinte, equiparam-se a todas pessoas determináveis ou não, expostas as práticas prevista nela. Esta equiparação ao consumidor se dá quando estiver presente a vulnerabilidade do contratante, de modo que se justifique a equiparação com o objetivo de assegurar o equilíbrio entre desiguais, visando a proteção do consumidor nas práticas comerciais (MIRAGEM, 2012).

No que aduz Nunes (2009, p. 85): “[...] o legislador inseriu no seu artigo 29, para equiparar ao consumidor todas as pessoas, mesmo as que não puderem ser identificadas, que estão expostas às práticas comerciais”.

No mundo da proteção do consumidor a oferta, é um fenômeno regrado, até constitucionalmente, estabelecendo-se como princípio, a força obrigatória da promessa, daí sobrevindo a sua irrevogabilidade no decorrer do prazo fixado pelo anunciante ou outro razoável, a lei ainda estabelece um dever genérico de informação, acompanhado de outros mais específicos (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Dispõe ainda o doutrinador Nunes (2009, p. 85): “[...]uma vez existindo qualquer prática comercial, toda a coletividade de pessoas já exposta a ela, [...] se possa identificar um único consumidor real que pretenda insurgir-se contra tal prática”.

O caráter vinculante aplica-se a todo tipo de informação ou publicidade, informação esta que o Código de Defesa do Consumidor no seu artigo 30, contém todo tipo de exibição do fornecedor que não seja considerado anúncio, mas que mesmo assim, sirva para induzir o consentimento como decisão do consumidor. Esses anúncios que são apresentados por representantes do fornecedor ou por ele próprio, bem como as que constam em bulas ou em alguns rótulos (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Conforme menciona Nunes (2009, p. 85):

> [...] se um fornecedor faz publicidade enganosa e se ninguém jamais reclama concretamente contra ela, ainda assim isso não significa que o anuncio não é enganoso [...]. O Órgão de defesa do consumidor, agindo com base na legitimidade conferida pelos artigos 81 e s. do CDC, pode tomar toda e qualquer medida judicial que entender necessária para impedir a continuidade da transmissão do anuncio enganoso, para punir o

> comerciante [...], portanto, praticamente de uma espécie de conceito difuso de consumidor, tendo em vista que desde já e desde sempre todas as pessoas são consumidoras por estarem potencialmente expostas a toda e qualquer prática comercial.

A oferta caracteriza-se como toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, ser veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação, com associação a produtos ou serviços oferecidos ou exibidos (CAVALIERI FILHO, 2011).

A publicidade ou a informação são aquelas que possibilitam a realização de um negócio jurídico, ou seja, precisa ter as informações corretas, tendo que conter, no mínimo os fundamentos relevantes e suficientes na efetivação do negócio jurídico (SILVA NETO, 2013).

Conforme o CDC no seu artigo 31 e seu parágrafo único dispõe:

> Art. 31. A oferta e 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.
> Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

A informação no mercado de consumo, existem para serem informadas no instante da formalização do ato de consumo, isto é, no instante da contratação. Conforme o artigo acima citado, empenha-se, sobretudo, à oferta não publicitária, ficando o dever de comunicar sendo tarefa do fornecedor. O código, como se entende, dá grande destaque ao aspecto preventivo da proteção do consumidor, sendo uma das práticas mais eficientes de prevenção na comunicação pré-contratual (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

No Código de Defesa do Consumidor a oferta não se constata substancialmente da proposta do Código Civil. Ambas devem revestir as mesmas características, a saber sobre a seriedade, na capacidade que deve ser plausível, na qual o consumidor seja capaz de confiar completamente, na medida em que deve envolver todos os elementos que vão constituir o contrato, de modo a consentir a simples adesão do consumidor que é receptível, ou seja, passível de aceitação por consumidores identificados ou identificáveis. Entretanto, esta condição da oferta, que em princípio é a mesma da proposta no Código Civil, sofre uma importante flexibilização no Código do Consumidor. A primeira delas diz respeito a sua integridade, no direito tradicional, se a oferta não é completa geralmente é considerada simples convite a oferta, sem força vinculativa. Já no Código do

Consumidor, não. Se a informação ou a oferta não for suficientemente necessária, ela não invalida a situação da oferta, pois o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor impõe ao fornecedor o dever de esclarecer por completo, de sorte que a eventual exclusão de algum dado não transforme a oferta em mero convite a ofertar (CAVALIERI FILHO, 2011).

Na sua significação tradicional, oferta é uma proposta de celebração de um contrato que uma pessoa faz a outra. Conforme define Sílvio Rodrigues, citado por Cavalieri Filho (2011, p. 145):

> A proposta é a oferta dos termos de um negócio, convidando a outra parte a com ele concordar. Constitui ato jurídico unilateral, por intermédio do qual o solicitante (aquele que faz a proposta) convida o oblato (aquele que recebe a proposta) a contratar, apresentando desde logo os termos em que se dispõe a fazê-lo.

Na sociedade de massa que abrange a oferta, vê-se, não apenas as técnicas de indução pessoal, como ainda outras mais coletivas e difusas, entre as quais estão as promoções de vendas e a própria publicidade. No contrato de massa, na qualidade do seu caráter coletivo, a oferta deixa de ser especificada e cristalina, e passa a ser feita também através de meios massificado, como a publicidade, a exibição das mercadorias em vitrines, em exposições, e até na rua. Quando o dono da banca de jornais e revistas expõe as suas mercadorias ao público, está fazendo oferta (CAVALIERI FILHO, 2011).

Conforme o entendimento de Cavalieri Filho (2011, p. 147):

> No regime dos contratos de consumo, não há mais espaço para o chamado dolos bônus, tolerável pela doutrina civilista tradicional porque, em última instancia, seria aumentar, enfatizar, exacerbar as qualidades de um produto ou serviço para incrementar o seu consumo. Nas relações de consumo não mais são permitidos tais excessos, porque a oferta está adstrita ao princípio da transparência.

Segundo o autor Miragem conceitua (2016, e-book), com relação dos sujeitos na relação de consumo.

> A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica [...]. A opção do legislador brasileiro, como já referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo,

> estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado.

3.1 Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo

Ao longo do século XX a responsabilidade civil passou por um grande desenvolvimento, sofrendo maiores impactos decorrente de transformações na área do Direito. Por outro lado, ampliou-se enormemente o campo de incidência da responsabilidade civil, chegando a reproduzir uma grande maioria, de casos no Judiciário, principalmente, nos Juizados Especiais (CAVALIERI FILHO, 2011).

Conforme a teoria do risco do empreendimento, todo o fornecedor que exerça alguma atividade no mercado de consumo, tem o compromisso de responder pelos eventuais vícios ou defeitos do produto ou serviço fornecido por ele, dependo ou não da culpa, tendo sempre que responder pela qualidade e segurança dos mesmos. O consumidor sendo o elo mais fraco, ele não poderá responsabilizar-se pelos riscos das relações de consumo ou ficar sem alguma indenização. Cabendo ao fornecedor arcar com os custos dos danos causados. Quando ocorre essas práticas abusivas, que geram danos aos consumidores, o fornecedor tem o dever de responder administrativamente criminalmente, promovendo a compensação dos danos causados (CAVALIERI FILHO, 2011).

No entendimento de Silva Neto (2013, p. 198):

> Antes de definir a natureza da responsabilidade de fornecedor nas relações consumeristas, é importante definir a função e as finalidades da responsabilidade, especialmente da responsabilidade civil, na organização das relações humanas, incluindo sua influência sobre a definição do comportamento humano.

A responsabilidade civil, no que diz respeito a sua repercussão, garante um valor de pecúnia arbitrado, compensando ou reparando o dano causado, já a responsabilidade penal, se concede com a pena, por meio de sanção mais intensa (GIANCOLI E ARAUJO JUNIOR, 2016, e-book).

A responsabilidade civil será aplicada no Código do Consumidor quando ocorrer um acidente de consumo, tendo a relação jurídica contratual ou extracontratual, que um se refere ao fornecedor de produtos e serviços já no outro está se referindo ao consumidor. A responsabilidade do fornecedor, na sistemática do CDC, se divide em responsabilidade do fato do produto ou serviço e responsabilidade por vicio do produto ou serviço. O artigo 12 ao 14 do Código de

Defesa do Consumidor refere-se à responsabilidade pelo fato do produto ou serviço, já os artigos 18 ao 20 trata-se da responsabilidade pelo vício do produto ou serviço (CAVALIERI FILHO, 2011).

O dano causado pelo fato do produto ou serviço e pelo vício do produto ou serviço, representa uma responsabilidade civil do fornecedor em razão dos danos causados pelo defeito na elaboração, produção, comercialização e distribuição do produto ou serviço, esta violação na segurança referente ao dano causado na atuação no mercado de consumo, gerando o dever de indenizar, por parte do fornecedor (MIRAGEM, 2016).

3.2 Fato do produto e do serviço

O dano causado pelo fato do produto ou serviço e pelo vício do produto ou serviço, representa uma responsabilidade civil do fornecedor em razão dos danos causados pelo defeito na elaboração, produção, comercialização e distribuição do produto ou serviço, esta violação na segurança referente ao dano causado na atuação no mercado de consumo, gerando o dever de indenizar, por parte do fornecedor (MIRAGEM, 2016).

Acerca do entendimento Benjamin, Marques e Bessa (2016, e-book).

> “Fato do produto" ou "fato do serviço" quer significar dano causado por um produto ou por um serviço, ou seja, dano provocado (fato) por um produto ou um serviço. Encaixa-se em um sistema mais amplo de danos, regrado pelo Código Civil; danos esses decorrentes ora de "fato próprio" (a regra geral), ora de "fato de outrem" (artigos. 932 a 934), ou, ainda, de "fato causado por animais" (art. 936). O novo regime desta matéria quer dizer exatamente isto: o Código Civil, em matéria de danos causados por produtos ou serviços de consumo, é afastado, de maneira absoluta, pelo regime especial do Código de Defesa do Consumidor. Só excepcionalmente aplica-se o Código Civil, ainda assim quando não contrarie o sistema e a principiologia (art. 4.º) do Código de Defesa do Consumidor.

O compromisso pelo fato do produto ou do serviço consiste no efeito de imputação ao fornecedor, de sua responsabilização da motivação dos danos causados por defeito na concepção ou fornecimento de produto ou serviço causando seu dever de indenizar por seu descumprimento do dever geral de segurança pertinente a sua representação no mercado de consumo (MIRAGEM, 2013).

Dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

> O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

Ao praticarem a atividade econômica, os fornecedores podem ocasionalmente expor no mercado produtos imperfeitos, que não proporcionam ao consumidor segurança em seu consumo ou uso e causam ou podem circunstanciar danos ao consumidor. Se ocorrer isso, os fornecedores responderão pelos danos causados por defeitos em seus produtos ou serviços, de forma objetiva (SILVA NETO, 2013).

Ocorre que o fato gerador do produto se dá por um eventual incidente, com o efeito desse incidente, pode-se dizer que vai causar um dano moral e também pode causar um dano material, aos consumidores que adquirirem algum determinado produto. Essa casualidade se resulta por conta de um defeito do produto, denominando-se sempre este fato gerador de defeito do produto (CAVALIERI FILHO, 2011).

Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 147) dizem que:

> O tratamento que o Código dá a esta matéria teve por objetivo superar, de uma vez por todas, a dicotomia clássica entre responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual. Isso porque o fundamento da responsabilidade civil do fornecedor deixa de ser a relação contratual (responsabilidade contratual) ou o fato ilícito (responsabilidade aquiliana) para se materializar em função da existência de um outro tipo de vínculo: a relação jurídica de consumo, contratual ou não.

No regime do direito do consumidor, a responsabilidade nesse sentido é determinada em decorrência do conteúdo do dever infringido. A responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço, neste sentido, corresponde na decorrência da violação de um dever de segurança que se refere a todos os fornecedores que se dispõe a inserir produtos e serviços no mercado de consumo (MIRAGEM, 2012).

A reconhecimento da responsabilidade do fornecedor pelo fato do produto ou do serviço não prescinde na localização do caso, da presença do defeito, como aspecto fundamental da violação do dever de segurança. Verifica -se que o fornecedor responde por todos os riscos do exercício do fornecimento de produtos ou serviços, mas somente em relação aquelas nas quais fica demostrada a

existência de um defeito (MIRAGEM, 2013).

Neste sentido aduz Nunes (2009, p. 174):

> A responsabilidade pelo fato do produto e do serviço [...], dentro do regramento da responsabilidade objetiva, é dirigida mesmo ao fato do produto ou serviço em si [...]. É o fato do produto e do serviço causadores do dano que importa. O estabelecimento da responsabilidade de indenizar nasce do nexo de causalidade existente entre o consumidor (lesado), o produto ou serviço e o dano efetivamente ocorrente.

Nos casos em que se dão por conta de defeito do produto que foi lançado no mercado de trabalho, nesses casos nem se menciona o Código Civil, deixando de ser uma relação contratual, materializando-se em outro tipo de vínculo, que é o produto defeituoso, resultante nas relações de consumo. A causa deste acidente se dá por conta de um contrato ou não, ficando então estabelecido no que dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011).

Enfatiza ainda o autor Cavalieri Filho (2011, p. 290), sobre a questão da responsabilidade: “[...] o fato gerador da responsabilidade do fornecedor não é mais a conduta culposa, tampouco a relação jurídica contratual, mas o defeito do produto, bastará o nexo causal entre o defeito do produto ou serviço e o acidente de consumo”.

3.3 Vício do produto e do serviço

Na responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço provém da violação a um dever de adequação. Adequação, entendida como a qualidade do produto ou serviço de auxiliar, ser útil, aos fins que legitimamente dele se esperam. Neste caso é responsabilidade do fornecedor, pelos vícios do produto ou serviços que abrangem o efeito resultante da violação aos deveres de qualidade, quantidade, ou informação, impedindo com isso, que o produto ou serviço atenda aos objetivos que legitimamente dele se esperam, que é o dever de adequação (MIRAGEM, 2012).

Conforme está previsto no artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

> Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.

O Código elucidou o vício como falta de qualidade de um produto ou serviço, no que diz respeito ao abastecimento de produtos, como já especificado anteriormente o Código implica que todo e qualquer produto ou serviço distribuído tenha qualidade, não sendo autorizado a comercialização de produto ou serviço viciado, salvo se expressamente apresentado ao consumidor o vício, não se permitindo a exoneração de responsabilidade abstratas e genéricas. O Código comporta a comercialização de produto com vícios aparentes, desde que o consumidor tenha conhecimento expresso desses vícios, mas de maneira alguma aceita a exoneração de responsabilidade pela colocação no mercado com vício oculto, conhecido ou não do fornecedor (SILVA NETO, 2013).

O regime dos vícios dos produtos é paralelo a normatização dos vícios redibitórios que tem seu fundamento nos artigos. 441 - 446 do Código Civil. Desta maneira, havendo relação de consumo, aplicam-se principalmente os artigos 18 a 25 do Código de Defesa do Consumidor. Caso diverso, reflete no proveito do comprador, a disciplina própria do Código Civil. Ressalta-se, desde já, que a existência do Código de Defesa do Consumidor não desobriga a realização de diálogos das fontes do Código Civil no Capítulo IV. As explicações jurídicas, tanto para um setor como para outro, decorrem de analise simultânea e comparativa dos diplomas legais do CDC e CC, com presunção de harmonia entre as fontes, fundamento principalmente ao projeto constitucional de tutela dos interesses do consumidor, no artigo 5°, XXXII, da Constituição Federal de 1988 (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Menciona o autor Cavalieri Filho (2011, p. 319), alguns exemplos que se dão por conta do vício do produto:

> [...] o primeiro defeito é o vício grave que compromete a segurança do produto ou serviço e causa dano ao consumidor, como o automóvel que colide com outro por falta de freio e fere os ocupantes de ambos os veículos; o segundo vicio é defeito menos grave, circunscrito ao produto ou serviço, que penas causa o seu mau funcionamento, como a televisão que não funciona ou que não produz boa imagem, a geladeira que não gela etc.

Conforme enfatiza Bertoldi (2011, e-book), com relação a responsabilidade do fornecedor no tocante aos vícios de consumo:

> Ao fornecedor é atribuído o dever de colocar no mercado de consumo produtos isentos de qualquer vício, seja por falta de qualidade, ou quantidade. Se assim não fizer, age com culpa, só que, pelo sistema do CDC está culpa é absolutamente presumida, não cabendo ao consumidor provar a culpa do fornecedor para obter a reparação do dano provocado

> pelo vício do produto. Se nos vícios por insegurança do produto ou serviço o fornecedor responde objetivamente pelos danos que o consumidor venha a sofrer, nos vícios por inadequação ele responde subjetivamente, só que com presunção absoluta de sua culpa, que decorre dos riscos de sua atividade comercial.

Ao contrário do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor não se determina apenas aos vícios ocultos, mas sim na noção de vicio que é bem mais amplo, incluindo os vícios aparentes e de fácil verificação, bem como produtos que estejam em discordância com normas regulamentares de elaboração, distribuição ou apresentação. Decorrência esta que chega a parir de análise conjunta de diversos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Assim dispõe o caput do artigo 20 do Código de Defesa do consumidor Lei 8.078/90):

> O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha.

Com o mesmo propósito da disciplina referente aos vícios dos produtos, o Código de Defesa do Consumidor inova ao regular no artigo anteriormente mencionado, os vícios dos serviços. A preocupação necessária é que os serviços apresentados no mercado de consumo atendam a um grau de particularidade e funcionamento que não deve ser determinado unicamente pelas cláusulas contratuais, mas de modo objetivo, considerando, entre outras referências, as indicações frequentes da oferta ou mensagem publicitaria, a adequação para os fins que provavelmente se esperam dos serviços, normas regulamentares de prestabilidade (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Conforme prevê o artigo 2°, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, englobando a equiparação, as normas estabelecidas pelo CDC, aos que fazem parte das relações de consumo, considerando também a universalidade, como os consumidores de produtos ou serviços, um conjunto de classes ou categorias deles (MIRAGEM, 2013).

Enfatiza Miragem (2013, p. 140) dizendo ainda:

> A relação jurídica básica que vincula os sujeitos da relação no caso da equiparação não é a existência de ato de consumo, mas a mera situação do consumidor como membro de uma coletividade cuja intervenção no mercado de consumo não precisa ser necessariamente ativa, realizando um

> ato de consumo, as pode se configurar simplesmente pela subordinação aos efeitos da ação dos fornecedores no mercado.

O sentido desta equiparação é o de fazer abranger pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, não apenas os consumidores atuais, participantes reais de relações de consumo, como também a consideração da universalidade, do conjunto de consumidores de produtos ou serviços, ou mesmo o grupo, classe ou categoria deles. Considerando um instrumento a finalidade da equiparação, servindo de fundamento a tutela coletiva dos direitos e interesses difusos, individuais homogêneos e coletivos que se encontram respectivamente no artigo 81 e ss. do Código de Defesa do Consumidor (MIRAGEM, 2013).

Salienta Miragem (2013, p. 140):

> Neste sentido, enquanto membro de uma coletividade de pessoas, sofrera como os demais membros os efeitos desta intervenção, razão pela qual poderá ter seus interesses reconhecidos e protegidos por intermédio das regras relativas à tutela coletiva de direitos prevista no CDC. Daí porque se deve considerar como coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo, não apenas os que tenham realizado atos de consumo (adquirido ou utilizado produto ou serviço), mas sim a todos que estejam expostos às práticas dos fornecedores no mercado de consumo.

3.4 Tutela coletiva do consumidor

Encontra-se descrito no artigo 81 da Lei 8.078/90 os direitos coletivos, necessariamente por ter objeto a tutela de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

A tutela coletiva de direitos, tem como base em uma só ação, a procedência de uma decisão cujo o efeito destina-se a proteção de todos os titulares de direito violado, sendo evidentemente uma grande vantagem de direito. (MIRAGEM, 2012).

Acerca do interesse coletivo segundo MIRAGEM (2014, p. 662, grifado no original):

> Neste sentido, três são os sentidos mais assentos do que se deva considerar como interesse coletivo. Primeiro, a noção de interesse coletivo como *interesse pessoal de um determinado grupo*. Em seguida, seu reconhecimento como *soma de interesses individuais*. E por fim, a noção de interesse coletivo como *síntese de interesses individuais*, hipótese em que interesses individuais são “atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum” dando origem a uma espécie de *fenômeno coletivo*.

Os interesses ou direitos difusos, são aqueles de natureza indivisível, mencionados como transindividuais, que se faça titulares pessoas indeterminadas e

ligadas por situações de fato. Um vínculo jurídico independe da inexistência anterior entre seus titulares e aqueles contra quem serão tutelados, tratando-se de direitos ou interesses (MIRAGEM, 2014).

Segundo MIRAGEM (2014, p. 664): “Há, neste sentido, uma cadeia abstrata de pessoas, cujo interesse real ou presumido pela norma, autoriza sua proteção pela via exclusiva da ação coletiva”.

A resposta para entender sobre interesses ou direitos difusos encontra-se no artigo 81, parágrafo único e inciso I do Código de Defesa do Consumidor que dispõe:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individual, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I – Interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligada por circunstancia de fato.

Na definição legal de direitos difusos, optou-se por dois critérios denominados de aspectos subjetivo e aspecto objetivo. O primeiro refere-se sobre a indecisão dos titulares e do afastamento entre eles na relação jurídica base; e o segundo aspecto diz respeito sobre a indivisibilidade do bem legítimo (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Conforme Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 463, grifado no original):

> Como exemplos de tutela judicial de interesses difusos, citem-se a ação coletiva que objetiva a interrupção de veiculação de publicidade enganosa ou abusiva (art.37 do CDC), a vedação de comercialização de produto com alto grau de nocividade ou periculosidade (art.10 do CDC) e, ainda, o pedido para que determinado arquivo de consumo (SPC, Serasa etc.) deixe de realizar o tratamento de informações sem a prévia comunicação ao consumidor, como determina o § 2° do art. 43 do CDC.

Todos os consumidores estão beneficiados por esta tutela jurisdicional, bem como pessoas indeterminadas por situações fáticas, por tempo, lugar e, principalmente, porque estão expostas às práticas indicadas (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Os interesses ou direitos coletivos encontram-se conceituados no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo único, inciso II que dispõe:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> [...] II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste

> código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com parte contrária por uma relação jurídica base.

Estão ligados os direitos coletivos por uma relação jurídica como, por exemplo, consumidores de um comércio de massa, sócios de uma empresa, como uma relação jurídica base. Por isso, os possuidores desses direitos são indetermináveis ou determináveis (CAVALIERI FILHO, 2011).

No direito do consumidor sempre quando houver uma questão definida na estipulação contratual, quando a vantagem da parte seja de anular, impedir ou modificar os limites do ajuste, sendo assim passiveis de proteção variáveis na condição de sua existência (MIRAGEM, 2014).

Nas ações coletivas referentes aos direitos e interesses coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, ao tratar dos efeitos da sentença, estabelece sua eficácia ultra partes, mas delimita ao grupo, categoria ou classe, conforme o artigo 103, inciso III do CDC, sendo que a decisão só afeta os titulares de direito ligados aos interesses protegidos de cada relação jurídica base que estabelece esta esfera de interesses tuteláveis (MIRAGEM, 2014).

Os interesses ou direitos individuais homogêneos encontra-se estipulado no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, parágrafo único, inciso III que dispõe:

> Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> [...] III – interesses ou diretos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Nesse direito, o ente quando pretende ingressar com uma ação coletiva, atua em nome próprio para requerer direito alheio, sendo assim o possuir determinado e plural e o objeto relacionando como divisível. Esta reparação do dano se executará por execução individual dando preparo na execução da sentença coletiva (NUNES, 2009).

A Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) tutelava unicamente sobre os direitos difusos e coletivos. No Brasil foi inserida a tutela dos *interesses individuais homogêneos*, conforme a Lei 8.078/90, sob o incentivo da *class action for damagens* do direito norte-americado, objetivando o reembolso dos danos diretamente sofridos como virtude do mesmo fato (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012, grifado no original).

Segundo o entendimento sobre o direito do consumidor na tutela de interesses e direitos individuais homogêneos como experiência brasileira, aborda Miragem (2014, p. 668):

> [...] no caso de indenizações decorrentes de acidentes de consumo envolvendo grande número de vítimas. Assim, por exemplo, os casos da explosão de um shopping na cidade de Osasco, em São Paulo, ou no caso do desabamento do edifício Palace, no Rio de Janeiro. Ou, ainda situações de produtos defeituosos que terminam por causar danos aos consumidores, como foi o caso dos placebos vendidos como anticoncepcionais (caso Microvlar), que por isso não serviram aos fins a que se destinavam, dando causa a situações de gravide indesejada e determinando a indenização.

Nas ações coletivas que causem prejuízos aos consumidores por danos materiais e morais que tenham sofrido por causa da publicidade enganosa, vícios de produtos, cláusulas abusivas, etc. é possível requerer a condenação do fornecedor para indenizar os prejuízos sofridos individualmente as vítimas, na conduta questionada nas ações (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

4. A PUBLICIDADE NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Na época em que os produtos eram feitos artesanalmente**,** as mercadorias eram vendidas para o comprador pessoalmente, entre a comunicação do fornecedor com o comprador. Com a Revolução Industrial, a publicidade tornou-se necessária em um sistema de comunicação em massa, este fenômeno que se origina na atual sociedade de consumo e no mundo todo. O objetivo principal da publicidade é informar os produtos disponíveis para a sociedade, despertando seu interesse na compra dos produtos, este interesse se dá devido ao investimento na publicidade. A publicidade é capaz de mexer com suas necessidades, seu inconsciente, adicionando produtos anunciados entre as mercadorias necessárias para o consumidor (CAVALIERI FILHO, 2011).

Na relação jurídica de consumo a figura do consumidor, na perspectiva da proteção, sempre será vulnerável, mas na sociedade em que vivemos sempre haverá publicidade, mas esta publicidade terá que ser regrada pelo direito.

A pratica que o fornecedor usa par divulgar seus produtos e serviços, não há dever legal que seja imposto de como isso deve ser feito, mas o que existe é o dever de informar para que serve o produto e o serviço de forma correta, para que não haja nenhum tipo erro, conforme consta na definição que o artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor nos traz (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Assim enfatiza Nunes (2009, p. 446), sobre o instrumento de utilização da publicidade:

> A publicidade como meio de aproximação do produto e do serviço ao consumidor tem guarida constitucional, ingressando como o princípio capaz de orientar a conduta do publicitário no que diz respeito aos limites da possibilidade de utilização desse instrumento.

Conforme dispõe o artigo 6°, incisos IV e VI do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 6° São direitos básicos do consumidor:
> [...]IV – 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;
> [...]VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No que diz respeito ao inciso IV do artigo 6° do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade não pode prejudicar grupos sociais ou estimular comportamento ilegal ou antissocial, se caso ocorrer, será considerado prática

abusiva. O Estado pode reduzir a publicidade determinando horários e locais. As informações que consistem no produto informado não podem ter elementos de fantasia, pois induzem o consumidor ao erro. Conforme o que estabelece o artigo 6° inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor tem a obrigação de proteger o consumidor caso o dano não for reparado, devendo passar a informação correta do produto, adquirindo-o com qualidade. Se a confiança não for passada, a reparação do dano tem que ser assegurada (SILVA NETO, 2013).

Enfatiza Cavalieri Filho (2011, p. 131):

> Se o principal objetivo da publicidade é estimular a aproximação entre o consumidor e os produtos e serviços oferecidos, então a atividade por ela desenvolvida se enquadra com perfeição na fase pré – contratual, diretamente relacionada com a nova noção de oferta trazida pelo CDC.

No que diz respeito a publicidade enganosa, se um fornecedor transmite o anuncio produto na televisão, rádio ou internet, este caso especifico denomina-se direito difuso, podendo gerar danos de natureza transindividuais, cuja proteção será muito mais eficiente se acontecer através de ações coletivas, pois esse anuncio sujeita-se a todas as pessoas expostas a esta propaganda, de forma indiscriminada e geral, causada pela propaganda (SILVA NETO, 2013).

Pode-se imaginar que, na prática para melhor idealizar o que ocorre no artigo 29 do CDC, a seguinte situação, segundo Silva Neto (2013, p. 422, grifado no original):

> Um pequeno mercado recebe do grande distribuidor uma oferta especial de produtos e, interessado nas condições vantajosas, deseja contratar. Quando manifesta sua aceitação, é informado que a oferta não é mais válida (por exemplo, o distribuidor apresenta novos preços, ou impõe condições restritivas). Muito embora não seja consumidor no sentido do art. 2° do CDC, uma vez que adquire produtos com intuito de revende-los [...].

No que diz respeito sobre o princípio da vinculação contratual da publicidade, conforme dispõe o artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Se tratando sobre o aspecto do regime contratual consumerista, a publicidade, executa o papel igual ao da oferta no regime contratual cível, pois no Código de Defesa do Consumidor, obrigando o fornecedor a concluir o contrato.

Essa obrigação é indispensável no que diz respeito ao consumo em massa e da oferta ao público (CAVALIERI FILHO, 2011).

Na conceituação Benjamin, citado por Cavalieri Filho (2011, p. 133 e 134), na vinculação se atua de duas maneiras:

> Primeiro obrigando o fornecedor, mesmo que se negue a contratar. Segundo, introduzindo-se (e prevalecendo) em contrato eventualmente celebrado, inclusive quando seu texto o diga de modo diverso, pretendendo afastar o caráter vinculante. Se o fornecedor recusar o cumprimento da sua publicidade, ou se ainda, não tiver condições de cumprir o que prometeu, o consumidor, com base no artigo 35 do CDC, pode escolher entre o cumprimento forçado da obrigação e aceitação de outro bem de consumo. Caso o contrato já tenha sido firmado, sem contemplar integralmente o conteúdo da publicidade, o consumidor pode exigir sua rescisão, com restituição do já pago, mais perdas e danos.

Encontra-se estabelecido a partir do artigo 36 no Código de Defesa do Consumidor, que a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal, chamada de publicidade clandestina (CAVALIERI FILHO, 2011).

O artigo 36, no seu parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que o fornecedor pode anunciar com total liberdade seus serviços e produtos, conforme dispõe o princípio da transparência referente a mensagem publicitaria, mas deve fazê-lo nos parâmetros dos fundamentos científicos e fáticos, como fonte de sua fundamentação, complementa ainda dizendo Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 251): “[...] mensagem publicitaria, cuja carência está incluída no conceito de publicidade enganosa, sem que se desse acesso aos consumidores. É esse dever que vem expresso no texto legal”.

Ainda no que que se refere ao princípio da transparência da fundamentação Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 251), complementa dizendo:

> [...] cada vez que uma escola anunciar, como uma das qualidades de seus cursos, colocação de seus alunos no mercado de trabalho, só pode fazê-lo quando dispuser de dados que mostrem, claramente, o nível de emprego de seus diplomas. Observa-se que o dever de dar acesso é do anunciante (fornecedor) e não da agencia. Esta, porém, como cautela, deve manter cópia da fundamentação do fornecedor, até para demonstrar sua não responsabilidade em caso de alegação de publicidade enganosa.

Segundo Silva Neto (2013, p. 486) “Publicidade, quando realizada na forma da lei, é fenômeno desejável e que deve ser admitido e incentivado pelo ordenamento”.

A propaganda transmitida aos consumidores sempre tem de ser anunciada de forma verdadeira, não podendo manipular frases, sons e imagens, para não confundir o consumidor da realidade do produtor que está sendo anunciado pelo fornecedor. (NUNES, 2009).

Existem muitas formas de publicidade clandestina, uma dessas técnicas é a do merchandising. Essa forma de publicidade é indireta, e se encontra em propagandas de novelas, filmes e programas de televisão. Muitos dos produtos são anunciados sem que o consumidor perceba de que isso significa uma prática publicitária. Isso acontece, por exemplo, quando um ator de novela pede uma Coca-Cola, esta demonstração pode ser específica ou propaganda veiculada de forma indireta (NUNES, 2009).

No tocante as técnicas do merchandising, se vê uma diferença bem diversa do marketing. A técnica do merchandising significa dizer que é a aparição publicitaria de alguns serviços, produtos, áudio ou até mesmo artigos impressos. Publicidade esta que é comum nas relações de consumo. A técnica do merchandising se dá por exemplo o consumo de um refrigerante de um certo filme, também pode se dar por um uso exclusivo de celular da marca Samsung em uma determinada novela. Não há nada expresso com a proibição do merchandising no Código, mas se não bastasse os acontecimentos que envolvem a nocividade perante o consumidor. O princípio da identificação terá que ter uma mudança significativa em relação as técnicas trazidas pelo merchandising (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

A publicidade se dá de uma grande dimensão na sociedade de consumo, em face das ações que efetua perante o consumidor, não podendo ser utilizada sem controle, neste caso não podendo persuadir o consumidor a erro. Os artigos 36 ao 38 do CDC, sujeitando a amparar o consumidor da publicidade abusiva ou enganosa, na no estágio pré-contratual, neste sentido não está impedindo a publicidade, pois ela é fundamental na sociedade de consumo, tornando assim fonte de obrigação, estabelecendo cuidados ao fornecedor que for utilizar (CAVALERI FILHO, 2011).

Existem dois dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro que na prática são pouco conhecidos, que são denominados por publicidade enganosa ou publicidade abusiva, esta proibição é ampla e flexível no que diz respeito ao seu tocante, o dispositivo não proíbe este tipo de publicidade, mas esses dois conceitos acabam se tornando perigosos em relação ao consumidor. Essas práticas não decorrem somente nas promoções ou no marketing, mas sim ocorrem em todas as

técnicas mercadológicas, sem haver nenhum desvio nessas situações (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

A publicidade enganosa encontra-se no artigo 37 nos §§ 1° e 3° do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que dispõe:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> § 1° 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, propriedade, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.
> [...] § 3° Para os efeitos deste Código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

O conceito de publicidade enganosa é a capacidade de induzir ao erro o consumidor, sobre qualquer informação do produto ou serviço anunciado. Há dois tipos de publicidade enganosa: a omissiva e a comissiva. A publicidade omissiva se caracteriza de forma que o anúncio deixa de acrescentar, indicar ou afirmar algo importante sobre o produto, podendo assim levar o consumidor ao erro. Já na publicidade comissiva, o fornecedor diz que o produto tem aquela característica, mas que na realidade não existe, levando o consumidor ao erro (CAVALIERI FILHO, 2011).

Conforme se dá a ampliação da complexidade da matéria o legislador preferiu denominar de publicidade enganosa. No direito brasileiro, esta complexidade tem ordem pública de proteção ao consumidor, para que este não seja enganado. N a verdade não importa a verdade real sobre a enganosidade, basta que tenha ocorrido em seu potencial, levando o consumidor ser induzido ao erro já se observa a má-fé do fornecedor, mas essa matéria é apreciada objetivamente para fins de ressarcimento (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

Conforme menciona Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 256):

> O Código nutri pela publicidade enganosa por omissão a mesma antipatia que manifesta pela publicidade enganosa comissiva. A enganosidade por omissão consiste na preterição de qualificações necessárias a uma afirmação, na preterição de fatos materiais ou na informação adequada. A enganosidade por omissão varia conforme o caso, já que não exige que anuncio informe ao consumidor sobre todas as qualidade e características do produto ou serviço. O fundamental aqui é que a parcela omitida tenha o condão de influenciar a decisão do consumidor.

Se em um anuncio o fornecedor for expor seus produtos e serviços ao consumidor, não existirá a intenção de enganar por parte do anunciante. Se for ou não verificado sua boa-fé ou má-fé, nesses casos isso é irrelevante, pois a intenção do dolo ou culpa, só ganharam destaque maior quando tiver relação no tratamento penal de cada caso concreto. Se o consumidor for levado ou não a indução do erro por parte do anunciante, já basta essa caracterização para que seja publicidade enganosa (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

No que diz a respeito de conceito de publicidade abusiva, menciona Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 258):

> O conceito de publicidade abusiva, mais recente que o de publicidade enganosa, deixa, gradativamente, o terreno da concorrência desleal para inserir-se na área do direito do consumidor. O direito, como já observado, ainda não descobriu um critério infalível para identificação da abusividade. Trata-se de uma noção plástica, informação. Por um critério residual, em matéria publicitaria patológica, pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da constituição e das leis, não seja enganoso.

A publicidade abusiva se encontra no artigo 37 no § 2° do Código de Defesa do Consumidor que dispõe:

> Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.
> [...] § 2° 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.

No nosso ordenamento jurídico, não foi ainda descoberto como se caracteriza a identificação de uma publicidade abusiva, mas se tem uma noção de como se caracteriza esta abusividade. É identificado por analises já descobertas, podendo afirmar que esta abusividade se dá em virtude de tudo aquilo que contraria o nosso Direito (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

O caráter da abusividade se dá em conta dos efeitos da propaganda e de como são anunciadas. Não tem relação direta com o produto ou serviço, podendo seus efeitos causarem algum constrangimento ao consumidor (NUNES, 2009).

Enfatiza Reis, mencionando a importância da análise do regime da publicidade em relação a vulnerabilidade (2015, e -book):

> A vulnerabilidade é simplesmente o reconhecimento de que o consumidor não está inserido na relação de consumo em condição de igualdade com o fornecedor, pelo simples fato de lhe ser imposta a necessidade de adquirir produtos e serviços, nos modelos, opções e condições impostas por fornecedores [...] pode-se sumarizar a vulnerabilidade como a fragilidade dos consumidores frente aos fornecedores, originada pela detenção dos meios de produção, acentuada e ramificada ao longo do tempo pelo fortalecimento dessa situação desigual através da repetição contínua das relações comerciais sem variação significativa no papel assumido por cada uma das partes.

4.1 Vulnerabilidade majorada

O conceito de consumidor é essencial para a determinação na formulação da vulnerabilidade; encontra-se na origem da criação do Direito do Consumidor, estabelecendo a desigualdade existente na busca de uma igualdade real entre as partes, nas relações de consumo. Estão sistematizadas como conceito a partir da ideia básica de proteção de um determinado sujeito, entre as normas desse novo direito: se tratando de um consumidor vulnerável. A frente de uma relação de desiguais, se aplica uma lei mais protetiva, portanto, não se pode violar o princípio da igualdade, por privilegiar as partes iguais nas relações de consumo (CAVALIERI FILHO, 2011).

Conforme saliente a autora Dias (2015, e-book, grifado no original), referente a vulnerabilidade:

> A *vulnerabilidade* é condição intrínseca a todo e qualquer consumidor, por ser esta a parte mais fraca da relação de consumo (art. 4.º, I, do CDC). Aliás, o direito do consumidor foi posto em virtude do próprio reconhecimento dessa vulnerabilidade na nossa sociedade.

É considerada presunção legal absoluta a vulnerabilidade do consumidor, está presunção indica se as normas do direito do consumidor serão aplicadas e *como* serão aplicadas. Há uma grande desigualdade entre dois agentes econômicos, chamados de *consumidores* e *fornecedores*, nas relações que eles criam entre si. As regras especiais são fundamentadas por essas relações jurídicas que acontecem, que constitui uma lei *ratione personae* que é caracterizada pela proteção do sujeito mais fraco nas relações de consumo (MIRAGEM, 2013, grafado no original).

Existem três tipos de vulnerabilidade: a fática, a técnica e a jurídica ou científica. O primeiro é a vulnerabilidade fática, entre esses três é a que se identifica com mais facilidade, se caracteriza pela maior possibilidade econômica e social entre os agentes econômicos, em suas fases, eles têm o total controle da produção

sendo titulares desses mecanismos, por isso o capital econômico desses sujeitos, se identifica pelo status, pela reputação social e é claro pela hipossuficiência dos consumidores.

No que diz respeito a vulnerabilidade técnica, essa é reconhecida pelo fato, de que, o consumidor não tem nenhum tipo de conhecimento perante o funcionamento, ou o processo de produtivo, como também não tem noção de como é atribuído determinado produto ou serviço, por faltar em si o conhecimento técnico que o fornecedor tem. Já o fornecedor na relação de consumo tem o total controle de como é feito ou executado aquele determinado produto ou serviço que o consumidor quer adquirir, sendo assim o consumidor tem que ter boa-fé e confiança no fornecedor, pois esse fornecedor pode estar agindo de má-fé com o consumidor.

E por último se fala na vulnerabilidade jurídica ou também conhecida de vulnerabilidade cientifica, essa ocorre pelo fato do não conhecimento do consumidor perante os Direitos que ele tem e não sabe, sobre o direito de recorrer ou reclamar, não sabendo ele que pode haver algum impedimento de uma ação que ele queira adentrar, pode ocorrer uma demora ao acesso à Justiça, na tramitação de seu processo. A chamada vulnerabilidade jurídica ou científica se dá em decorrências desses casos citados (CAVALIERI FILHO, 2011).

Há um reconhecimento na relação de consumo quando consumidor é inserido nela, tornando-lhe vulnerável, pois esta relação de consumo tem como princípio garantidor, a aplicação do Direito para assegurar a proteção do consumidor nessas práticas, como também o tratamento isonômico. Esses princípios norteadores que reconhecem a vulnerabilidade do consumidor, quando é reconhecido a vulnerabilidade se vê uma necessidade de afastamento da execução isonômica, isso decorre do princípio absoluto perante esses acontecimentos que ocorrem com o consumidor. Na relação entre o fornecedor e consumidor sempre haverá essa desigualdade, por isso que é reconhecida a vulnerabilidade, o fornecedor sempre tem a necessidade de anunciar seus produtos e serviços nos modelos e condições impostas por eles mesmos, isso é chamado de imposição unilateral, essas práticas comercias em relação aos preços, condições, aquisições, é imposta pelo fornecedor e não pelo consumidor (REIS, 2015).

Quando tratamos de publicidade dirigida aos hipossuficientes, vemos uma grande distinção entre os conceitos de vulnerabilidade e hipossuficiência. O conceito de vulnerável significa dizer que todo consumidor é, *ope legis.* Já o conceito de hipossuficiente se trata dos consumidores caracterizados, como os idosos, as

crianças, os índios, os doentes, entre outros. A hipossuficiência pode se caracterizar como sendo, físico-psíquica, econômica ou somente circunstancial. O código, menciona como sendo explicito, a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários, notando-se que a hipossuficiência é um *plus* em relação a vulnerabilidade (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012, grifado no original).

Já a hipossuficiência encontra-se respectivamente no artigo 6°, inciso VIII, do CDC, que dispõe:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> [...] VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Assim enfatiza Benjamin, Marques e Bessa (2012, p. 260), sobre o que representa a publicidade no mercado:

> A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxilio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica as crianças, jovens de mais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitaria. Em consequência, qualquer publicidade dirigida a criança abaixo de certa idade não deixa de ter enorme potencial abusivo. A utilização de crianças em publicidade é uma realidade no nosso País.

O Código retrata, explicitamente, sobre o assunto da publicidade que abrange a criança uma atenção redobrada quanto a esses casos. Conforme a análise dessa vulnerabilidade acentuada como hipossuficiência, devendo assim ser traçados alguns pontos especiais. De tal modo a publicidade não pode diretamente a criança a comprar um produto ou serviço; as crianças não devem induzir seus pais, ou outras pessoas adultas a obter produtos ou serviços; não podendo aproveitar-se da segurança que a criança tem sobre seus pais, responsáveis etc. Em um anuncio publicitário as crianças não podem se comportar de forma incoerente em relação as outras crianças da mesma idade (BENJAMIN, MARQUES E BESSA, 2012).

4.2 Publicidade infantil

A publicidade voltada ao público infantil pode ser considerada abusiva, por se tratar de crianças que não tem a menor experiência de vida e de não ter entendimento intelectual para distinguir e avaliar as práticas de anúncios que estão voltadas para elas. São vistas pelas empresas como essenciais para essa prática,

visto que ainda não possuem o conhecimento do que realmente é importante para suas vidas. Conforme o artigo 37 § 2° do Código de Defesa do Consumidor, a publicidade direcionada à criança é abusiva, pois se aproveita da deficiência da criança em relação aos produtos anunciados. Toda prática de publicidade direcionada ao público infantil afronta o princípio da identificação, pois esse público não tem possibilidade de analisar o interesse mercadológico que se tem por trás das informações direcionada a elas. Este público infantil precisa ter proteção a essas ações de marketing, por se tratar de público hipervulnerável (FERRAZ, 2015).

No que diz respeito à publicidade relacionada aos hipossuficientes, enfatiza Dias (2015, e-book):

> As crianças merecem atenção especial do legislador, pois, embora não sejam parte da relação de consumo, são fortemente influenciadas pelas mensagens publicitárias que podem dar causa a essa relação por meio de seus pais ou terceiros. Trata-se, na verdade, do público-alvo mais vulnerável e suscetível aos apelos publicitários, notadamente porque, a depender da sua faixa etária, a criança sequer tem condições de distinguir o caráter publicitário da mensagem a que está submetida e entender os seus efeitos persuasivos.

As crianças têm um papel importante quando falamos de publicidade, analisando o papel de consumidoras e destinatárias de mensagem publicitária, têm sua vulnerabilidade majorada quando se trata de sua vulnerabilidade e hipossuficiência (MOREIRA, 2014).

Assim enfatiza d' Aquino (2016, e-book):

> O Código de Defesa do Consumidor adotou o princípio da identificação da mensagem, segundo o qual mensagem publicitária deve ser pronta e imediatamente identificada como tal, para, por assim dizer, permitir que o consumidor dela se defenda, de tal modo a só realizar os atos de consumo que efetivamente deseje. Tratando-se, no entanto, de publicidade dirigida ao público infantil, quer nos parece que tal disposição seja irrealizável, já que, exatamente por se tratar de um ser em processo de formação, a criança não possui os predicados sensoriais suficientemente formados para a plena intelecção do que seja a publicidade, de quais os seus objetivos e de como dela se proteger.

Como as crianças são consideradas hipossuficientes, é fundamental que as publicidades sejam transmitidas com clareza e fácil entendimento, sendo relevante a fase de formação desse público alvo. É importante oferecer proteção especial às crianças diante dessas relações de consumo (MOREIRA, 2014).

A vulnerabilidade se destaca através de parâmetros objetivos, diferentemente da relação à hipossuficiência que se identifica com base em padrões subjetivos. Todos os consumidores são vulneráveis na relação de consumo, mas a

hipossuficiência é um aspecto resultante da acentuada vulnerabilidade do consumidor, seja de modo físico-psíquico, circunstanciais ou econômicos, na relação de consumo (MOREIRA, 2014).

No que diz respeito aos limites da publicidade, o artigo 220 da Constituição Federal de 1988, estabelece:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
> § 3º Compete à lei federal:
> I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
> II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
> § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.
> § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.
> § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Conforme o artigo anteriormente citado, é consagrado a questão da liberdade de pensamento em relação ao que diz respeito a publicidade e a comunicação social, pois esse direito que a lei estabelece contem princípios constitucionais, neste caso é impedido ao Legislativo e ao Judiciário que seja realizada qualquer forma de publicidade, ainda mais quando se trata de público infantil (NERI JÚNIOR, 2014).

A proteção da criança encontra-se em seu fundamento constitucional, no seu artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que dispõe:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e o 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.

Estabelece no sistema brasileiro o princípio da absoluta prioridade do interesse da criança, este princípio abarca a proteção do vulnerável, indicando que

estes de deveres de efetivação é da família, da sociedade e do Estado. A criança, é vulnerável em um estado a priori, significa dizer que esta vulnerabilidade se dá por se tratar de criança, que na verdade é o ponto mais fraco nas relações, podendo ser ferido *(vulnerare)* ou é vítima facilmente (MIRAGEM, 2013, grifado no original).

Salienta Miragem (2013, p. 117):

> [...] a Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, que a vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente: a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, normalmente de proteção jurídica adequada, tanto antes, como depois do nascimento.

A atuação do marketing infantil, com suas mensagens comerciais relacionadas às crianças, acaba trazendo várias consequências na vida delas como mudanças de comportamento, estresse familiar, transtornos alimentares, delinquência e erotização precoce (MOREIRA, 2014).

A criança e do adolescente tem um grande poder nas decisões de compra familiar, estando confrontados pela vulnerabilidade que se dá em virtude nas relações, conforme a atuação do fornecedor no mercado, interposto pelas técnicas trazidas pelo *marketing.* Nesta perspectiva, as técnicas que o *marketing* traz com os seus apelos, se tornam sedutores aos consumidores em geral, e é claro com mais intensão em relação as crianças e adolescentes, que se deixam convencer facilmente a essas técnicas, por estarem em um estágio de vida incompleto, sua capacidade intelectual não desenvolvida totalmente, por isso, não possuem o controle desses aspectos práticos, que se dá pela contratação de um negócio, os valores envolvidos, os riscos e benefícios dos negócios a serem contratados (MIRAGEM, 2013, grifado no original).

Conforme enfatiza Miragem (2013, p. 118):

> 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, § 2°). 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.

No entanto, os órgãos públicos são responsáveis pelo gerenciamento e fiscalização nas atividades econômicas que acontecem no mercado de consumo, nesses casos quando o juiz for designado a decidir o que envolve essas causas que se dão por conta do envolvimento de crianças e adolescentes nas relações de consumo ou quando induzam ao consumo, se considera a vulnerabilidade que se dá como diretriz na atuação que envolva a criança e do adolescente (MIRAGEM, 2013).

Saliente d'Aquino (2016, e-book):

> As crianças podem considerar o marketing e a publicidade transmitidos pela mídia verdadeiros e imparciais e consequentemente podem consumir e utilizar produtos perigosos. A publicidade e o marketing podem também ter forte influência sobre a autoestima das crianças, por exemplo quando retratam imagens corporais irreais. Os Estados devem assegurar que o marketing e a publicidade não tenham impactos prejudiciais nos direitos das crianças adotando regulação apropriada e encorajando as empresas a aderirem a códigos de conduta e utilizarem rotulagem de produtos clara e precisa e informações que permitam aos pais e crianças a tomada de decisão informada.

Uma campanha publicitária de uma empresa do ramo alimentício foi condenada pela 2° Turma do Superior Tribunal de Justiça que manteve a condenação por venda casada. A campanha promovida pela empresa anunciou um relógio inspirado em personagens infantis; se o consumidor quisesse adquirir teria que juntar cinco pacotes de bolachas e pagar mais o valor de cinco reais. Esta ação civil pública foi promovida pelo Ministério Público de São Paulo. A empresa alegou que a campanha era dirigida para os pais e não para as crianças, negando se tratar de prática enganosa e abusiva. O consumidor não pode ser obrigado a adquirir um produto que não deseja, essa prática é de venda casada, sendo proibida pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme consta no artigo 39, I do Código de Defesa do Consumidor. A corte estadual condenou a empresa do ramo alimentício a pagar um valor de indenização à sociedade pelos danos difusos, pela publicidade abusiva para o público infantil, e também proibiu a empresa de fazer propaganda deste tipo, sob pena de pagar multa (2016, http://www.conjur.com.br).

A finalidade da publicidade voltada à criança é definida pelo Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), que editou a Resolução n°163/2014, que dispõe pelo tema do direcionamento da publicidade abusiva e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente (d' AQUINO, 2016).

Conforme menciona d'Aquino (2016, e-book):

> Em seu artigo 1°, a referida Resolução define o termo comunicação mercadológica. O artigo 2° determina abusiva a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, apresentando uma lista não exaustiva. Já o artigo 3° apresenta os princípios gerais a serem aplicados à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida ao adolescente.

A Resolução do Conanda se enquadra perfeitamente nas disposições constitucionais, esta efetividade que foi atribuída ao Brasil, causando obrigações jurídicas, sendo assumida internacionalmente, com relação voltada a proteção dos direitos da dignidade da criança e do adolescente, não podendo ser alegado o cabimento de inconstitucionalidade da Resolução 163/2014, constando como direito e obrigações jurídicas definida pelo Conanda, com esta Resolução se torna claro o afastamento dos abusos que acontecem frequentemente na publicidade comercial que atinge as crianças e os adolescentes. A determinação constitucional que busca a proteção e efetivação aos direitos que o público infantil tem, é absoluta perante os objetivos comerciais, não podendo admitir que seja confundida a liberdade do direito fundamental que a pessoa humana tem com a liberdade de comercio. O proposito que a Resolução do Conanda é de grande valia, estando contribuindo na vida social das crianças e adolescente, para que sejam tradados com primazia (d' AQUINO, 2016).

Assim conceitua a autora Dias (2015, e-book, grifado no original):

> Parece-nos, assim, e *a priori*, que precisamos de mais Estado no sentido de aplicação da Lei posta, das *limitações, proibições* e *regulamentações* já existentes em nosso ordenamento jurídico, assim como uma participação ainda mais intensa da sociedade civil no debate e denúncia de situações abusivas concretas. [...], com efeito, independentemente da existência real do problema – e, de fato, abusos são praticados – do ponto de vista da técnica normativa, a simples proibição da publicidade infantil não parece solucionar (nem mesmo atenuar fortemente) todos os males apregoados e imputados, quase que exclusivamente, aos efeitos da publicidade (i.e., obesidade infantil, angústia, depressão, introdução precoce da criança ao consumismo e à sexualidade, entre outros).

O objetivo do dispositivo que regulamenta a publicidade, não tem a finalidade de banir e sim de controlar o excesso da publicidade, que é transmitida aos consumidores, para que em uma relação de consumo, esses consumidores vulneráveis não sejam lesados de alguma forma. O código menciona sobre a atenção que se tem que ter ao abuso dessa publicidade em relação aos

hipossuficientes, o Estado tem o dever de se impor aos limites que existem na lei, firmando um controle mais positivo com relação a toda essa publicidade (CARVALHO E OLIVEIRA, 2014).

Conforme aduz Carvalho e Oliveira (2014, e-book), com relação a tutela aos hipossuficientes:

> Isso posto, é forçoso reconhecer que a regulamentação legal da tutela dos infantes frente à publicidade ainda se revela bastante genérica e imprecisa, sendo imperioso que o piso mínimo da tutela do consumidor constante do CDC seja complementado por normatização legal específica que traga à baila limites claros e mais severos para a publicidade destinada aos infantes, a fim de que, em última análise, se promova uma melhor efetivação da proteção integral da criança e do respeito de sua vulnerabilidade agravada

As medidas legislativas que são impostas por meio de lei federal, com relação aos debates, discussões, no tocante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre os assuntos que são relacionados a proibição da publicidade, necessitaria ser melhor aplicado, como por exemplo iniciativas, companhas, para mudar a maneira que é transmitida a publicidade aos hipossuficientes, com a ajuda da família que é o vetor educacional, sendo eles responsáveis perante as situações que são impostas as crianças e aos adolescentes (DIAS, 2015).

5 CONCLUSÃO

Com este trabalho de conclusão de curso, procurou-se abranger uma visão sistemática de como se perpetuou o estudo referente a publicidade infantil.

Inicialmente foi abordada a parte histórica do direito do consumidor que se deu a partir da Revolução Industrial, desde seu início, seguindo com a evolução e até seus dias atuais. Sendo apontados os conceitos de consumidor e fornecedor, trazendo suas definições que estão elencados nos artigos 2° e 3° do Código de Defesa do Consumidor e suas procedências, que estão representadas nas relações jurídicas de consumo. Foi também fonte de estudo o artigo 6° do Código de Defesa do Consumidor, que preconiza os direitos básicos do consumidor, sendo eles, direitos de proteção a vida, saúde, segurança, educação, divulgação, informação, proteção contra publicidade enganosa e abusiva entre outros que estão presentes neste artigo acima mencionado.

Logo após tratou-se das práticas comerciais, que se encontram dispostas a partir do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor, significa dizer que se equiparam aos consumidores expostos as práticas nela previstas. Dando continuidade ao trabalho pode-se notar o que preconiza a Responsabilidade Civil nas relações de consumo, demostrando que se o fornecedor tem responsabilidade pelos vícios ou defeitos que o produto ou serviço vier a ocorrer, tanto o fato do produto ou serviço como o vício do produto ou serviço, responsabilidade está que o fornecedor terá de arcar se ocorrer algum dano ao consumidor.

Em seguida foi tratado sobre o tema da tutela coletiva do consumidor, sendo assim, discutido os assuntos sobre os direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, pois esses direitos encontram-se no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, entendendo assim que a tutela pode ser tanto individual como coletiva, pelos danos causados aos consumidores.

No entanto, o objetivo desse estudo é sobre os limites da publicidade infantil no Código de Proteção e Defesa do Consumidor, versando também sobre a publicidade em geral, demonstrando que a publicidade não pode em momento algum prejudicar os consumidores induzindo-os ao erro, ocorrendo isso será considerado prática abusiva ou enganosa. Há sempre uma disparidade entre o consumidor e fornecedor, nas relações, levando a presunção absoluta da vulnerabilidade frente ao consumidor, por se tratar do sujeito mais fraco nas relações de consumo. O reconhecimento da vulnerabilidade se dá a partir do momento em

que o consumidor é inserido na relação de consumo.

Toda publicidade dirigida a crianças e aos adolescentes é abusiva, pois essa prática comercial afronta o princípio da identificação, o público infantil não possui nenhum tipo de entendimento para analisar o interesse mercadológico, que se encontram em todos os anúncios que são dirigidos aos hipossuficientes. A publicidade tem que ser transmitida com mais clareza, para que seja identificada com mais facilidade pelas crianças e adolescentes.

As técnicas que são trazidas pelo marketing, acabam acarretando inúmeras consequências a esse público alvo, pois com toda essa publicidade direcionada a elas, acabam trazendo diversos conflitos, como o distúrbio alimentar, estresse familiar, entre outros, isso tudo porque os hipossuficientes não têm capacidade de entender o que ocorre por de traz de toda essa publicidade.

Com todos esses casos de abusos voltados ao público infantil que vem acontecendo ao longo do tempo, tem de haver mais fiscalização perante tudo isso, pelos órgãos públicos, que são responsáveis de averiguar o que porque acontecem inúmeros casos de publicidade enganosa e outras que também são relacionadas.

Foi editada no dia 17 de abril de 2014 a Resolução 163, pelo Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), esta Resolução traz consigo, a proteção dos direitos da dignidade da criança e do adolescente, frente a todos esses abusos que ocorrem por conta do sistema mercadológico.

A conclusão que se chegou no decorrer de todo o trabalho monográfico, foi de que a publicidade que é transmitida aos consumidores, deveria passar por algum tipo processo de averiguação antes de ser transmitida ao público em seus anúncios de teve, rádio, internet, enfim, para que não causasse tanto transtorno que vem ocorrendo durante muito e muito tempo. Ocorre algumas desconformidades nas práticas comercias com o Código de Defesa do Consumidor, como por exemplo, a violação ao princípio da identificação, da vulnerabilidade, da proteção da criança e do adolescente.

O mercado publicitário com seus anúncios, que na maioria das vezes são enganosos, não estão nenhum pouco preocupados, com o que vão transmitir, se vai causar algum dano aos consumidores, que a todo tempo estão dispostos a adquirir algum produto ou serviço de seu interesse, os publicitários só estão interessados no quanto vai render a eles, com toda essa publicidade que é transmitida aos consumidores, vulneráveis e é claro aos consumidores hipossuficientes. Em nenhum momento o CDC quer banir a publicidade, mas sim proteger os consumidores

dessas práticas abusivas, que ocorrem diariamente em nossa sociedade.

O Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Constituição Federal de 1988, tem em suas legislações todos os elementos visando a proteção voltada aos conflitos, que acontecem nas relações de consumo, protegendo sempre os que necessitam dessa assistência, desse Direito.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, A. H. V.; MARQUES, C. L.; BESSA, L. R. *Manual de direito do consumidor.* 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Manual de direito do consumidor*. 3. ed. em e-book baseada na 7ª ed. im pressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview.th omsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F91713421 %2Fv7.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e33000001567f1dcddd212b49a4#sl=0&eid= 82af7f8942dacb2e69a9b069e1810d06&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e &nvgS=false>. Acesso em: 10 out. 2016.

BERTOLDI, Marcelo Marco*. Responsabilidade contratual do fornecedor pelo vício do produto ou do serviço*. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil | vol. 4 | p. 909 - 933 | Out / 2011, em e-book. Disponível em: <https://revistatribunais.unisc.br /maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad 8181600000158876e95456627b f3d&docguid=Ic379e570f25211dfab6f010000000000&hitguid=Ic379e570f25211dfab6 f010000000000&spos=3&epos=3&td=6&context=118&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk= 1>. Acesso em: 27 out. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto. gov.br/c civil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. Constituição Federal de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/cc ivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

CARVALHO, D. R de; OLIVEIRA. T. de S. *A proteção do consumidor-criança frente à publicidade no Brasil*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 94/2014 | p. 181 - 211 | Jul – Ago / 2014, em e-book. Disponível em: <https://revistatribunais.unisc.br/ maf/app/resultlist/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000158874 1107ca65998 0b&docguid=ia8a835c0122a11e489e2010000000000&hitguid=ia8a835c0122a11e48 9e2010000000000&spos=3&epos=3&td=276&context=30&crumb-action=append&c rumb-label=documento&isdocfg=false&isfrommultisumm=&startchunk=1&endchun k=1>. Acesso em: 27 out. 2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de direito do consumidor.* 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

CONSULTOR JURIDICO. *STJ condena empresa por publicidade infantil com venda casada.* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-11/stj-condena-em presa-publicidade-infantil-venda-casada>. Acesso em: 05 jun. 2016.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e hipervulneráveis*: limitar, proibir ou regular. Revista de Direito do Consumidor | vol. 99/2015 | p. 285 - 305 | Maio - Jun / 2015, em e-book. Disponível em: <https://revistatribunais.unisc.br/maf/a pp/resultlist/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000158874 1107ca659980b&do

cguid=i1a833ee0310311e5b0c2010000000000&hitguid=i1a833ee0310311e5b0c2010000000000&spos=5&epos=5&td=276&context=20&crumb-action=append&crumb-label=docum ento&isdocfg=false&isfrommultisumm=&startchunk=1&endchunk=1>. Acesso em: 28 out. 2016.

D´ AQUINO, Lúcia Souza. *A publicidade abusiva dirigida ao público infantil*. Revista de Direito do Consumidor | vol. 106/2016 | p. 89 - 131 | Jul - Ago / 2016, em e-book. Disponível em: <https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid =i0ad6adc500000158748f45a6b86113a1&docguid=Iea2e16105eb111e6b21d010000000000&hitguid=Iea2e16105eb111e6b21d010000000000&spos=1&epos=1&td=276&context=138&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFr omMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 12 nov. 2016.

FERRAZ, Mariana. Publicidade infantil, entenda quais são os perigos. Disponível em: <http://www.idec.org.br/consultas/dicas-e-direitos/publicidade-infantil-entenda-quais-so-os-perigos>. Acesso em 05 jun. 2016.

GIANCOLI, B. P; ARAUJO, M. A. J. Direito do Consumidor. 2 ed. em e-book base ada na 5. ed impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais. Disponível em: <https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F92127184%2Fv5.6&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e33000001567f1dcddd212b49a4#sl=0&eid=8fc1918323ffa314981774a736d72cd5&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>. Acesso em: 13 nov. 2016.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 3. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Curso de direito do consumidor.* 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Curso de direito do consumidor. 4. ed. em e-book baseada na 6. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Disponível em: <https://proview. thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=rt%2Fmonografias%2F75937820%2Fv6.2&titleStage=F&titleAcct=i0ace3e33000001567f1dcddd212b49a4#sl=0&eid=77d1baa8c81b7deb577173653cb22710&eat=%5Bbid%3D%221%22%5D&pg=&psl=e&nvgS=false>. Acesso em: 10 nov. 2016.

MOREIRA, Tatiane Artioli. *Os limites legais da publicidade infantil no direitobrasileiro*. Disponível em: <http://milc.net.br/2014/08/os-limites-legais-da-publicidade-infantil-no-direito-brasileiro/#.V1YCEpErLIV>. Acesso em: 05 jun. 2016.

NERY, Nelson Júnior. *Limites para a publicidade infantil* – direito fundamental à comunicação e liberdade de expressão da iniciativa privada. Soluções práticas de Direito | vol. 1/2014 | p. 427 - 465 | Set / 2014, em e-book. Disponível em: <https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/resultlist/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015874efacc18a1725a9&docguid=i7e8af49042e411e4a9b6010000000000&hitguid=i7e8af49042e411e4a9b6010000000000&spos=5&epos=5&td=245&context=343&crumb-action=append&crumb-label=documento&isdocfg=false&isfrommultisumm=&st

artch unk=1&endchunk=1>. Acesso em: 10 nov. 2016.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor:* com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *As ações coletivas e as definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no direito do consumidor*. Disponível em: <http://www.migalhas.co m.br/ABCdoCDC/92,MI128109,3104 7As+acoes+coletivas+e+as+definicoes+de+di reitos+difusos+coletivos+e> Acesso em: 05 jun. 2016.

Reis, Iuri Ribeiro Novais. *O princípio da vulnerabilidade como núcleo central do código de defesa do consumidor*. Revista dos tribunais | vol. 956/2015 | p. 89 - 114 | jun / 2015, em e-book. Disponível em: <https://revistatribunais.unisc.br/maf/app/res ultlist/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000015874977a868dca9c54&docguid =i0610b400fb9e11e485db010000000000&hitguid=i0610b400fb9e11e485db0100000 00000&spos=5&epos=5&td=777&context=197&crumb-action=append&crumb-label =doc umento&isdocfg=false&isfrommultisumm=&startchunk=1&endchunk=1>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao código de defesa do consumidor.* Rio de Janeiro: Forense, 2013.