

Criança e consumo: Contribuição ao estudo da vulnerabilidade das crianças no mercado de consumo brasileiro

Claudia Lima Marques¹

Professora Titular, Direito Internacional Privado,
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil

Resumo

A criança, sendo destinatário final de produtos e serviços, é consumidor, nos termos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), não obstante o necessário diálogo de diversas fontes legais. O STF tem suportado a ideia de que a criança goza dos mesmos direitos que as demais pessoas, incluindo direito à indenização por danos morais emergentes do consumo de produtos e serviços.

Por outro lado, o Direito brasileiro reconhece a vulnerabilidade especial da criança através de vários diplomas legais, incluindo o ECA (Lei 8.069/1990) e o CDC. Neste âmbito é reconhecida pela jurisprudência a proteção especial da criança contra a publicidade abusiva (incluindo a publicidade especialmente

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Presidente do Comitê de Proteção Internacional dos consumidores, da International Law Association, Londres, Ex-Presidente do Brasilcon (Brasília).

direcionada à criança) e contra práticas comerciais abusivas em geral. No entanto, no âmbito da atualização do CDC não foi ainda alcançada uma decisão definitiva sobre a matéria da publicidade infantil.

Palavras-chave: Direito do Consumidor; criança como consumidor; publicidade infantil; publicidade abusiva; Brasil.

Introdução

Inicialmente, permitam-me agradecer o gentil convite ao Diretor Prof. Dr. Tong Io Cheng e aos Professores Dr. Manuel Trigo e Dr. Dimande, que organizam este Joint Seminar entre a Universidade Eduardo Mondlane, Moçambique e a Universidade de Macau, assim como à querida amiga e Relatora-geral de nosso Comitê de Proteção Internacional dos Consumidores, da ILA (Londres), a Profa. Dr. Wei Dan, para participar deste importante colóquio, no belo campus da Universidade de Macau, na China.

O tema que escolhi foi a criança no mercado de consumo, procurando identificar as características de vulnerabilidade especial das crianças nas relações de consumo e porque esta realidade é, por vezes, ainda desconsiderada pelos fornecedores de produtos e serviços no mercado brasileiro. Como ensina von Hippel, a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento

necessita de ajuda e cuidados para sobreviver.² No caso da criança,³ a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (*vulnus*),⁴ aquele que pode ser “ferido” (*vulnerare*) ou é vítima facilmente.⁵

A Declaração dos Direitos da Criança, adotada em 20 de novembro de 1959 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, esclarece que : “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes como depois do nascimento”. Há, pois, uma situação privilegiada das crianças frente ao direito, que é consolidada no princípio do melhor interesse da criança.⁶ A criança é um sujeito

² Hippel, Eike von. *Der Schutz des Schwächeren*. Tübingen: Mohr, 1982. p. 55 e ss.

³ Assim Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. Ed. , São Paulo: RT, 2014, p. 131.

⁴ Lacour, Clémence. *Vieillesse et vulnérabilité*. Marseilles: Presses Universitaires d`Aix Marseille, 2007. p. 28.

⁵ Veja, por todos: Fiechter-Boulvard, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: Cohet-Cordey, Frédérique (org.). *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. p. 16 e ss.

⁶ Nery, Rosa Maria de Andrade. *Manual de Direito Civil-Família*, São Paulo: Ed. RT, 2013, p. 101.

a proteger, seja no direito internacional,⁷ seja no direito interno.⁸

Criança, para o direito brasileiro, é a pessoa do nascimento até os 12 anos,⁹ sendo que a Lei 13.257, de 8 de março de 2016 ainda protege de forma especial a primeira infância, como período que abrange os primeiros 6 anos, considerando o Código Civil de 2002 absolutamente incapazes, os menores de 16 anos (Art.3, I da Lei 10.406, 2002).¹⁰ Já a Convenção dos Direitos

⁷ Assim no Direito Internacional Público, veja Veerman, Philip e. *The rights of the child and the changing image of childhood*. Dordrecht, 1992. p. 10 e seguintes; como em Direito Internacional Privado, veja para a OEA, Tellechea, Eduardo Bergman. *El nuevo derecho internacional privado interamericano sobre familia y proteccion internacional de menores*. Montevideo: FCU, 1991. p.71 e seguintes, e, em geral, Jayme, Erik. *Kulturelle Identität und das Kindeswohl im internationalen Kindschaftsrecht*, Vortrag in der Tagung “Kinder im Recht”-Kindschaft und Völkerrecht im europäischen Kontext. Evangelische Akademie Tutzing, 20. Januar 1996 e do mesmo autor, *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*. In: Jayme, Erik (coord.). *Kulturelle Identität und internationales Privatrecht*. Heidelberg: C. F. Müller, 2003. p. 7-8.

⁸ Veja, por todos, Pereira, Tânia da Silva; Oliveira, Guilherme. *Cuidado e vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009.

⁹ O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990) prevê: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.”

¹⁰ Veja sobre a criança no Código Civil de 2002, Azambuja, Maria Regina Fay. *A criança no novo direito de família*. In: Welter, Belmiro. *Direitos fundamentais do direito de família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 279 e ss.

das Crianças da ONU de 1989 define criança como a pessoa até sua maioridade civil, qual seja aos 18 anos.¹¹ Neste texto, vamos utilizar a definição do direito brasileiro, que prefere a denominação ‘adolescentes’ para as pessoas entre 12 e 18 anos, também em virtude do Título do Capítulo da Constituição Federal impor distinção entre estes sujeitos a proteger.¹²

Realmente, a fonte maior de proteção no direito brasileiro é o Artigo 227 da Constituição Federal de 1988,¹³ que impõe ‘prioridade absoluta’ em assegurar os direitos da criança,¹⁴ implicando no dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços, que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir o desenvolvimento integral e o

¹¹ No original: “Artigo 1. Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.” Assim também Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 131.

¹² A Constituição Federal de 1988 tem como Capítulo VII do Título VIII: “Da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso”.

¹³ Netto Lôbo, Paulo Luiz. A repersonalização das relações de família. In: Bittar, Carlos Alberto (org.). *Direito de família na Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67 e ss.

¹⁴ Assim também o artigo primeiro da Lei 8.069, de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.”

bem-estar das crianças no Brasil.¹⁵

A vulnerabilidade da criança é reconhecida universalmente,¹⁶ devendo o Estado dar absoluta prioridade para o interesse da criança de forma que possam se desenvolver com plenos direitos fundamentais, como qualquer outra pessoa: um pleno sujeito de direitos (Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, 1990).¹⁷

¹⁵ Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 131 e ss.

¹⁶ A necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi enunciada por vários instrumentos internacionais, com a Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança, a Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959, a Convenção dos Direitos da Criança de 1989 também da ONU, e também foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (nos arts. 23 e 24.), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (no art. 10.) e por vários estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança, como a Unicef e a OEA, por exemplo. Veja detalhes in Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. Ed. , São Paulo: RT, 2014, p. 132 a 146.

¹⁷ O texto original é: “Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.”

O mercado e as relações de consumo costumavam identificar as crianças geralmente como ‘atores secundários’, mas crianças são sujeitos a proteger, que merecem cuidados especiais e prioritários frente aos quais responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços aparece qualificada. A minha tese é que este dever de proteção prioritária das crianças faz elas passarem de ‘ator secundário’ a ‘consumidor’ a proteger de forma qualificada no mercado, um destinatário final mais vulnerável que o fornecedor de produtos e serviços deve conhecer, respeitar e cuidar, principalmente no que se refere às suas práticas comerciais e de marketing. E, pesquisas empíricas comprovam, que as crianças não estão alheias ao marketing de consumo a que são expostas e muitas vezes tornam-se sujeitos ‘ativos’ do consumo, pois sua ‘vontade’ passa a ser decisiva para as decisões de consumo das famílias.¹⁸

Neste texto, interessa-me o reconhecimento legal e jurisprudencial da vulnerabilidade da criança no mercado de consumo brasileiro, tratando a criança de forma diferente (tratamento desigual a favor de mais fraco-favor

¹⁸ Sobre o tema veja o livro de Fontenelle, Lais. *Criança e Consumo*, ALANA: São Paulo, 2016, p. 24, que informa que no Brasil, em 2006, o valor gasto com publicidade dirigida ao público infantil foi de R\$210 milhões, segundo dados do IBOPE.

debilis),¹⁹ compensando assim o direito do consumidor a “fragilidade”/“fraqueza” de um com as normas “protetivas”,²⁰ controladoras da atividade do outro mais forte (fornecedor de produtos e serviços), e resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica.²¹

Como escrevi,²² a vulnerabilidade é multiforme,²³ conceito legal indeterminado, um estado de fraqueza sem definição precisa, mas com muitos efeitos na prática, em especial, pois presumida e alçada, a vulnerabilidade, a princípio de proteção dos

¹⁹ Veja, o princípio como princípio de aceitação universal, Lorenzetti, *Teoria da decisão judicial*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010 e Cahzal, Jean-Pascal. Vulnerabilité et droit de la consommation. In: Cohet-Cordey, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit-Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000. O princípio é citado no Brasil no REsp 303240/SP, rel. Min. Fátima Nancy Andrigli, j. 02.08.2001, como *favor debitoris*.

²⁰ Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 324.

²¹ Veja Fiechter-Boulevard, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: Cohet-Cordey, Frédérique (org.). *Vulnerabilité et droit-Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*. Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, p. 323.

²² Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 324.

²³ Assim afirma Potentier, Philippe, Introduction Generale, in Notaires De France. *Les personnes vulnérables. 102e Congrès des Notaires de France*. Strassbourg: Notaires de France, 2006, p. X.

consumidores (Art.4, I do CDC).²⁴ No caso das crianças, minha hipótese de trabalho neste texto é que como ‘destinatários finais de produtos e serviços’, logo, consumidores (Art. 2 do CDC), as suas vulnerabilidades e fraquezas típicas (art. 4, I do CDC) pesam totalmente como risco profissional daquele fornecedor que dirigir seus produtos e serviços para este público-alvo.

Dividirei, pois, minha exposição em dois aspectos que ressaltam de uma pesquisa jurisprudencial realizada no site do Superior Tribunal de Justiça brasileiro (a seguir STJ), em 34 julgados.²⁵ O primeiro aspecto é referente a algumas dificuldades de visualizar na criança, um consumidor com os mesmos direitos do consumidor-contratante plenamente capaz, inclusive no que se refere ao direito ao dano moral ou extra-patrimonial. Talvez esta seja uma dificuldade de países com pouca tradição de sociedades de consumo sofisticadas e ainda apegados às noções de Direito Civil clássico da incapacidade do vulnerável e da sua conseqüente exclusão para proteção,²⁶ ou talvez este seja

²⁴ Assim Relatório Geral dos Notaires de France, in Notaires de France. *Les personnes vulnérables. 102e Congrès des Notaires de France.* Strassbourg: Notaires de France, 2006, p. 24-25.

²⁵ Pesquisa realizada em 2016, no site www.stj.jus.gov.br, palavras chaves: criança, CDC, consumidor. Em pesquisa realizada em 2017, o número de julgados já era 47, sendo que alguns de 2017 serão usados nesta versão atualizada do artigo

²⁶ Sobre o tema da exclusão dos vulneráveis para a sua proteção e a

um problema apenas brasileiro, de qualquer maneira gostaria de compartilhar com os colegas esta surpreendente discussão sobre os danos morais das crianças na jurisprudência brasileira, que talvez não ocorra na China.²⁷

O segundo aspecto, refere-se aos cuidados especiais que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078,1990, a seguir CDC) impõe em se tratando de criança, especialmente no que se refere à publicidade e às outras práticas comerciais.²⁸ Efetivamente, no Brasil, o art. 39, IV do CDC menciona expressamente a “fraqueza” relacionada à idade, da mesma forma que o art. 37 §2º do CDC menciona as crianças como um consumidor especial, em desenvolvimento e cuja vulnerabilidade agravada²⁹ não é só reconhecida (Art. 4 I do CDC), mas é motivo de especial

tendência atual de sua ‘inclusão’ com ações afirmativa para alcançar a igualdade de chances, escrevi in Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. Ed. , São Paulo: RT, 2014, p. 111 e seg..

²⁷ Interessante notar que, na China, a noção de infância parece ser diferente da brasileira, pois a incapacidade absoluta das crianças vai somente até aos 10 anos , enquanto no Brasil forte no Art. 3 do Código Civil de 2002 estende-se até a dolescência, a saber aos 16 anos, veja BU, Yuanshi. *Einführung in das Recht Chinas*, Beck: Munique, 2009, p. 82 (nr. 19).

²⁸ Veja também D’Aquino, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade-hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 11 e seg.

²⁹ Expressão de Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 131 e ss.

proteção. A doutrina brasileira deduz destas menções legais o reconhecimento de uma vulnerabilidade especial ou agravada da criança, que o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Prof. Dr. Antônio Herman Benjamin, denominou de hipervulnerabilidade,³⁰ pois se somam aí duas ou mais vulnerabilidades, como criança e como consumidor. Vejamos.

³⁰ Veja decisão leading case do STJ utilizando a expressão (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 586.316-MG. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: ABIA-Associação Brasileira das Indústrias de Alimentação. Relator: Min. Antonio Herman Benjamin. Julgado em: 19 mar. 2009). Veja também voto original sobre a legitimação da Defensoria pública: "A expressão 'necessitados' (art. 134, caput, da Constituição), que qualifica, orienta e enobrece a atuação da Defensoria Pública, deve ser entendida, no campo da Ação Civil Pública, em sentido amplo, de modo a incluir, ao lado dos estritamente carentes de recursos financeiros-os miseráveis e pobres-, os hipervulneráveis (isto é, os socialmente estigmatizados ou excluídos, as crianças, os idosos, as gerações futuras), enfim todos aqueles que, como indivíduo ou classe, por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, 'necessitem' da mão benevolente e solidarista do Estado para sua proteção, mesmo que contra o próprio Estado. Vê-se, então, que a partir da ideia tradicional da instituição forma-se, no Welfare State, um novo e mais abrangente círculo de sujeitos salvaguardados processualmente, isto é, adota-se uma compreensão de minus habentes impregnada de significado social, organizacional e de dignificação da pessoa humana" (STJ, REsp 1.264.116/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 13/04/2012).

I. Criança como consumidor: A luta pela plena caracterização como consumidor

Mister, inicialmente, frisar que a era contemporânea ou pós-moderna é a era da diferença.³¹ Erik Jayme afirma que o direito ‘pós-moderno’ caracteriza-se por *valorar o diferente e a diferença (Unterschied)*, por pretender realizar o direito a ser diferente (*droit à la difference*)³² e manter-se diferente, ser igual mesmo na diferença (ser criança e incapaz e ser reconhecido como um pleno sujeito igual em direitos e qualificações, ser idoso e plenamente capaz e ser reconhecido como mais fraco a privilegiar de forma especial, ser homossexual e realizar opções sexuais diferentes e ser reconhecido como igual em direitos patrimoniais de outras opções sexuais; ser companheiro não casado em união estável e ser reconhecido como protegível pelo

³¹ Veja, por todos, o texto sobre o neologismo da diferença de: Derrida, Jacques. *Die Différance: Ausgewählte Texte*. Stuttgart: Reclam, 2004. p. 110 e ss. Note-se que o texto clássico de John Locke, *An Essay concerning Human Understanding of Identity and Diversity*, foi inicialmente traduzido para o francês por Pierre Coste, conhecido tradutor de Locke, como *identidade e diversidade (Ce que c'est qu'identité et diversité)*, p. 104 ss.) e hoje é traduzido como *identidade e diferença (Identité et Différence)*, p. 133 ss.). Locke, John. *Identité et différence: L'invention de la conscience*. Trad. Étienne Balibar. Paris: Sueil, 1998.

³² Jayme, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*. Kluwer: Doordrecht, 1995. vol. 2, p. 251.

Estado, ser consumidor e plenamente capaz e ser reconhecido como vulnerável e leigo a proteger de forma especial etc.). O pluralismo é o resultado desta visão das diferenças, uma espécie de racionalidade aberta ou transversal.³³ Daí por que devemos considerar como novo paradigma, o paradigma da diferença no direito privado.³⁴

Como escrevemos,³⁵ se a base de todo o ordenamento é a dignidade da pessoa humana (*Würde des Menschen*),³⁶ e o ponto central do sistema de valores deve ser a pessoa, quanto mais no direito privado, no qual a pessoa digna deve ser não só pessoa livre, mas acima de tudo, pessoa igual, formal e materialmente. Também Oppo afirma que a positivação progressiva dos direitos humanos nos ordenamentos nacionais leva a pessoa humana a alcançar uma nova centralidade na ordem jurídica, com claros efeitos no

³³ A expressão “transversale Vernunft” para definir as soluções pós-modernas ao problema do pluralismo (*postmoderne Lösung des Pluralismusproblem*) é de: Wuchterl, Kurt. *Methoden der Gegenwartsphilosophie*. 3. ed. Haupt: Bern/Stuttgart/Wien, 1999. p. 295 e ss.

³⁴ Assim Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. Ed. , São Paulo: RT, 2014, p. 129.

³⁵ Assim Marques, Claudia Lima. Miragem, Bruno. *O novo Direito Privado e a proteção dos vulneráveis*, 2. Ed. , São Paulo: RT, 2014, p. 130-131.

³⁶ Nipperdey, Hans Carl. Grundrechte und Privatrecht: eine Universitätsrede. In: Nipperdey, Hans Carl (org.). *Festschrift für Erich Molitor*. Munique: Beck, 1962. p. 17.

direito privado, daí preferira expressão pessoa a de sujeito de direitos.³⁷ Já Nipperdey,³⁸ ao analisar a Lei Fundamental de Bonn de 1949, afirmava a necessidade de proteger esta dignidade da pessoa humana através do direito privado, impregnado deste valor constitucional, que se consubstancia em direito fundamental, o que também ocorre entre nós quando positivado na Constituição Federal de 1988 (arts. 1.º, III; 3.º; e 5.º, I, da CF/1988).

É assim que o valor do direito (dignidade da pessoa humana) como um todo, domina o sistema de valores (*Wertsystem*) constitucional, a orientar (inclusive na sistematização-valorativa) o novo direito privado brasileiro. Daí porque, mister valorizar o fator igualdade mesmo se a liberdade, continua fator típico do direito privado. E esta, de sua vez, só terá efetividade uma vez que se reconheçam situações estruturais de desigualdade e se protejam os vulneráveis. Observe-se que este é o sentido dos direitos fundamentais reconhecidos à criança e ao adolescente (art. 227 da

³⁷ Veja: Oppo, Giorgio. Declino del soggetto e ascesa della persona. *Rivista di Diritto Civile* 6/835.

³⁸ Nipperdey, Hans Carl. Die Würde des Menschen. In: Neumann, Franz L.; Nipperdey, Hans-Carl; Scheuner, Ulrich. *Die Grundrechte: Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Berlin: Duncker e Humblot, 1954. p. 37.

CF/1988), que ainda podem ser consumidores (art. 5.º, XXXII, da CF/1988), portadores de necessidades especiais (art. 7.º, XXXI, 23, XIV, e 227, II, da CF/1988) e a Constituição Federal de 1988 ainda menciona como sujeitos a proteger, as futuras gerações (art. 225, *in fine*). Vejamos, pois como se dá esta proteção das crianças no mercado brasileiro.

A) O necessário diálogo das fontes para a proteção da criança: A criança como destinatária final de produtos e serviços

A definição de consumidor do Art. 2 do CDC³⁹ é clara que não só o contratante é considerado consumidor, mas qualquer pessoa ‘destinatária final’, como as crianças, de produtos (de roupas a videogames) ou serviços (como escolas, creches, serviços turísticos e de entretenimento a planos de saúde).⁴⁰ O CDC brasileiro também traz equiparações a consumidor, seja aquele que participa de uma coletividade (família) e intervém na relação de consumo como *bystander* (Parágrafo único do art.

³⁹ O texto do CDC é: “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Veja Miragem, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 131.

⁴⁰ Veja, por exemplo, a interessante abordagem, in Pereira Júnior, Antonio Jorge. *Direitos da criança e do adolescente em face da TV*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19 e seg.

2 do CDC),⁴¹ seja o que está ‘exposto’ a uma prática comercial, como contrato de adesão, venda casada ou publicidades (Art. 29 do CDC),⁴² além do consumidor vítima do fato do produto e do serviço que trataremos na letra b deste tópico (Art. 17 do CDC).⁴³

Neste sentido, não pode haver dúvida que a criança é um consumidor e deve ter todos os direitos de consumidor em pé de igualdade com aquele outro consumidor, que ‘adquire’ o produto ou contrata com plena capacidade o serviço. A diferença é que aqui é necessário um diálogo entre as

⁴¹ O texto do CDC é: “Art. 2º [...] Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Veja detalhes in Marques, Claudia Lima. O direito do Consumidor no Brasil e os Projetos de Lei de Actualização do Código de Defesa do Consumidor, in *Boletim da Faculdade de Direito-Universidade de Macau*, ano XVIII, nr. 35 (p.55-71), 2014, p. 61 e seg.

⁴² Assim Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 323. O texto do Art. 29 do CDC é: “Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.”

⁴³ O texto do CDC, na Seção intitulada “Responsabilidade pelo Fato do Produto e Serviço” é: “Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.” Veja Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 389 e seg.

diversas fontes legais para a proteção do consumidor,⁴⁴ um diálogo das fontes na expressão de meu mestre Erik Jayme.⁴⁵ Casos envolvendo consumidores crianças devem, necessariamente, utilizar as leis protetivas da criança, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.068/1990), a Lei da primeira infância (Lei 13.257/2016), o Código Civil⁴⁶ e o CDC alinhados no sentido de proteção da criança.

Diálogo das fontes (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia,⁴⁷ significando a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais

⁴⁴ Assim também conclui o grande mestre português, Pinto Monteiro, António, A Proteção do Consumidor em Portugal e na Europa, in *Boletim da Faculdade de Direito-Universidade de Macau*, ano XVIII, nr. 35 (p.27-37), 2014, p. 36.

⁴⁵ Veja sobre diálogo das fontes, meu artigo, in Marques, Claudia Lima. (Org.) *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 18 e seg.

⁴⁶ Como ensina Antonio Junqueira de Azevedo: “É o direito civil que, atualmente, por ter como objeto a vida e, em especial, a *vida* e a *dignidade da pessoa humana*, dá sentido e conteúdo ao sistema”, Azevedo, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor* 33, p. 123-129, jan.-mar. 2000, p. 127.

⁴⁷ Jayme, Erik, Identité culturelle et intégration: le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Kluwer, Doordrecht, 1995. vol. 2 , p. 259.

(como o CDC, a lei de seguro-saúde, Estatuto da Criança e do Adolescente) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais.⁴⁸

O Superior Tribunal de Justiça foi claro a firmar esta linha de raciocínio, que a criança, dispõe dos mesmos direitos fundamentais enquanto consumidor que os adultos e plenamente capazes: “Mesmo quando o prejuízo impingido ao menor decorre de uma relação de consumo, o CDC, em seu art. 6º, VI, assegura a efetiva reparação do dano, sem fazer qualquer distinção quanto à condição do consumidor, notadamente sua idade. Ao contrário, o art. 7º da Lei nº 8.078/90 fixa o chamado diálogo de fontes, segundo o qual sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.” (STJ, REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

⁴⁸ Veja mais sobre ‘diálogo das fontes’ na obra, in Marques, Claudia Lima. (Org.) *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 9 e seg e sobre sua aplicação na prática, Marques, Claudia Lima. Introdução, in Marques, Claudia Lima; Benjamin, Antônio H., Miragem, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 39 a 75.

Realmente, o Artigo 7º do CDC abre o micro-sistema do CDC para quaisquer direitos assegurados aos consumidores, no caso às crianças, em outras fontes e de forma bastante ampla afirmando: “Art. 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.” E ao não se excluir (não há antinomia), se somam: di-a-logos, com duas (di) ‘lógicas’ (logo) unidas e aplicáveis ao mesmo caso para a proteção do vulnerável, sob o comando constitucional de proteção e unidade dos valores do ordenamento jurídico.⁴⁹

E, a corte superior em casos civis no Brasil, o STJ, parece retirar deste diálogo das fontes uma proteção ainda maior do que em casos envolvendo pessoas capazes, pois em caso envolvendo criança recém-nascida e descumprimento de contrato de coleta de células-tronco, o STJ reconheceu a teoria da perda de uma

⁴⁹ Veja Marques, Claudia Lima. O ‘diálogo das fontes’ como método da nova teoria geral do direito: um tributo à Erik Jayme, in Marques, Claudia Lima. (Org.) *Diálogo das fontes. Do conflito à coordenação das normas do direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2012, p. 26ss.

chance à criança, teoria geralmente rejeitada em outros casos.⁵⁰ A ementa foi assim redigida: ‘Recurso especial. Responsabilidade civil. Perda de uma chance. Descumprimento de contrato de coleta de células-tronco embrionárias do cordão umbilical do recém nascido. Não comparecimento ao hospital. Legitimidade da criança prejudicada. Dano extrapatrimonial caracterizado. 1. Demanda indenizatória movida contra empresa especializada em coleta e armazenagem de células tronco embrionárias, em face da falha na prestação de serviço caracterizada pela ausência de prepostos no momento do parto... 3. A teoria da perda de uma chance aplica-se quando o evento danoso acarreta para alguém a frustração da chance de obter um proveito determinado ou de evitar uma perda. 4. Não se exige a comprovação da existência do dano final, bastando prova da certeza da chance perdida, pois esta é o objeto de reparação. 5. Caracterização de dano extrapatrimonial para criança que tem frustrada a chance de ter suas células embrionárias colhidas e armazenadas para, se for preciso, no futuro, fazer uso em tratamento de saúde.’ (STJ, REsp 1291247/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 19/08/2014, DJe 01/10/2014).

⁵⁰ Veja Schreiber, Anderson, A perda da chance na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in Frazão, Ana; Tepedino, Gustavo (Coord.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado*. São Paulo: ed. RT, 2011, p. 81 e seg. Veja a decisão sobre a “Inaplicabilidade da teoria da perda da chance se o dano é potencial ou incerto” (Resp. 1.104.666/RS), nas pags. 82 a 89 e os comentários, p. 89 a 102.

Note-se ainda que as crianças são consideradas como ‘público-alvo’ de comunicações mercadológicas e publicidades e marketing. As crianças são consideradas o público mais vulnerável e suscetível aos efeitos persuasivos da publicidade,⁵¹ devendo o diálogo das fontes protetivas (seja como consumidor, seja como criança, seja como sujeito de direitos recebendo ofertas) assegurar a sua proteção integral (art. 227 da CF/1988).⁵² Note-se que as crianças, especialmente as menores, tem dificuldades de discernir a realidade da fantasia,⁵³ a mensagem publicitária da mensagem desinteressada.

⁵¹ Assim Dias, Lucia Ancona Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 183.

⁵² Veja Dias, Lucia Ancona Magalhães, Publicidade e hipervulneráveis: limitar, proibir ou regular? *Revista de Direito do Consumidor* 99, p. 285 e seg. Neste sentido noticia Dias, Lucia Ancona Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 192, que, no dia 25.08.2009, 23 empresas do setor de bebidas e alimentícios firmaram um “compromisso público” no que tange à publicidade de alimentos e bebidas para crianças, enfrentando o problema da nutrição saudável e obesidade infantil. Veja D’Aquino, Lúcia. A publicidade infantil ditigida ao público infantil, in *Revista de direito do Consumidor*, v. 25, n. 106, p. 89 e seg.

⁵³ Veja caso trágico, em que criança atea fogo no irmão menor, após ver na televisão número de mágica com fogo, in REsp 1067332/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 05/05/2014.

Em rumonoso caso, uma publicidade de tabaco, antes da Lei de 2000, que as proibiram no Brasil, foi julgada justamente pelo horário de sua divulgação e a possibilidade de afetar crianças.⁵⁴ O marketing que “utiliza o universo lúdico infantil” e a publicidade dirigida ao público infantil tem sido alvo de muitas críticas no Brasil e trataremos deste tema na segunda parte deste trabalho, mas mister considerar que a criança como consumidora é também utilizada como parâmetro para saber se determinada informação de marketing, nome ou embalagem levará a erro os consumidores, em geral. Assim em caso de propriedade industrial, a criança consumidora foi o parâmetro para considerar o nome semelhante de produto alimentício infantil, como podendo induzir em erros estes consumidores denominados pela jurisprudência de “hipervulneráveis”.⁵⁵

⁵⁴ Assim ensina a ementa da decisão: ‘Os fatos que ensejaram a presente demanda ocorreram anteriormente à edição e vigência da Lei nº 10.167/2000 que proibiu, de forma definitiva, propaganda de cigarro por rádio e televisão. Com efeito, quando da veiculação da propaganda vigorava a Lei nº 9.294/96, cuja redação original restringia entre 21h00 e 06h00 a publicidade do produto. O texto legal prescrevia, ainda, que a publicidade deveria ser ajustada a princípios básicos, não podendo, portanto, ser dirigida a crianças ou adolescentes nem conter a informação ou sugestão de que o produto pudesse trazer bem-estar ou benefício à saúde dos seus consumidores. Isso consta dos incisos II e VI do § 1º, art. 3º da referida lei.’ (STJ, REsp 1101949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 30/05/2016).

⁵⁵ A ementa ensina: ‘5. A possibilidade de confusão ou associação entre as marcas fica nítida no caso, pois, como é notório e as próprias embalagens dos produtos da marca “CHEE.TOS” e “CHEESE.KI.TOS”

B) A criança-vítima: Danos morais às crianças-consumidoras

A lei brasileira prevê uma plena igualdade entre a criança e as demais pessoas (capazes ou não) no que concerne seus direitos.⁵⁶ Como vimos, o Art. 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069, 1990) é claro sobre o tema, impondo um dever de respeito pleno aos direitos fundamentais da criança, ao dispor que a criança goza “de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana”.

Um exame da jurisprudência revela que a maioria dos 34 casos analisados são referente a danos causados às crianças por produtos e serviços. Chama atenção as argumentações usadas pelos advogados para procurar impedir que as crianças tenham direito a danos morais, alegando que não tem plena consciência dos danos que estão vivenciando, como se a ‘dor’ da criança tivesse menos valor, por sua incapacidade de entendê-la plenamente ou

reproduzidas no corpo do acórdão recorrido demonstram, o público consumidor alvo do produto assinalado pelas marcas titularizadas pelas sociedades empresárias em litígio são as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor-como consumidores hipervulneráveis.”

(STJ, REsp 1188105/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 12/04/2013).

⁵⁶ Veja caso de criança que fere dedos em escada rolante de shopping center, STJ, REsp 1418151/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015.

de manifestar-se sobre ela. A jurisprudência é clara ao afirmar o direito ao ressarcimento do dano extrapatrimonial às crianças, afirmando: “Ainda que tenha uma percepção diferente do mundo e uma maneira peculiar de se expressar, a criança não permanece alheia à realidade que a cerca, estando igualmente sujeita a sentimentos como o medo, a aflição e a angústia.”⁵⁷

Os danos às crianças examinados por esta jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça vão desde à intoxicação alimentar por produtos destinados especificamente para bebês e fora do prazo de validade,⁵⁸ lesões irreversíveis por imperícia

⁵⁷ Assim STJ, REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010.

⁵⁸ A ementa é: “Direito do consumidor. Recurso especial. Ação de indenização por danos morais e materiais. Consumo de produto colocado em circulação quando seu prazo de validade já havia transcorrido. “Arrozina Tradicional” vencida que foi consumida por bebês que tinham apenas três meses de vida, causando-lhes gastroenterite aguda. Vício de segurança. Responsabilidade do fabricante. Possibilidade. Comerciante que não pode ser tido como terceiro estranho à relação de consumo. Não configuração de culpa exclusiva de terceiro.-Produto alimentício destinado especificamente para bebês exposto em gôndola de supermercado, com o prazo de validade vencido, que coloca em risco a saúde de bebês com apenas três meses de vida, causando-lhe gastroenterite aguda, enseja a responsabilização por fato do produto, ante a existência de vício de segurança previsto no art. 12 do CDC.-O comerciante e o fabricante estão inseridos no âmbito da cadeia de produção e distribuição, razão pela qual não podem ser tidos como

no momento do parto,⁵⁹ contaminação com vírus HIV+ em

terceiros estranhos à relação de consumo. -A eventual configuração da culpa do comerciante que coloca à venda produto com prazo de validade vencido não tem o condão de afastar o direito de o consumidor propor ação de reparação pelos danos resultantes da ingestão da mercadoria estragada em face do fabricante. Recurso especial não provido.” (STJ, REsp 980.860/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/04/2009, DJe 02/06/2009)

⁵⁹ A ementa é: “*Processual civil. Recurso especial. Ação de indenização. Omissão de socorro e imperícia na realização de parto. Lesões físicas e neurológicas irreversíveis na criança. Acórdão recorrido que concluiu pela falha do serviço hospitalar e pela culpa própria do hospital. Súmulas 283/STF e 7/STJ. Valor da indenização. Dissídio jurisprudencial não verificado. Recurso especial não conhecido.* 1. O fundamento do acórdão recorrido, qual seja, o fato de haver negligência do hospital em acionar plantonista e enfermeira obstétrica diante da situação de emergência não foi rebatido nas razões do especial, atraindo a incidência da Súmula 283 do STF: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles”. 2. Entender de maneira diversa, pela ausência de culpa própria do hospital-cuja conduta implicou omissão de socorro-, demanda o revolvimento de todo o suporte fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 desta Corte: “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”. 3. Em relação ao valor da indenização por danos morais e à pensão mensal, o recurso especial cinge-se à alegação de dissídio jurisprudencial, que não está devidamente demonstrado nos moldes regimentais. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, REsp 1173058/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 22/11/2011, DJe 01/02/2012).

transfusão de sangue,⁶⁰ até a morte por asfixia alimentar em creche.⁶¹

⁶⁰ Veja ementa da decisão do STJ, no REsp 655.761/SP, Rel. Ministro Raul Araújo, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 03/02/2015.

⁶¹ A ementa é: “*Responsabilidade civil. Escola maternal particular. Falecimento de menor por asfixia mecânica proveniente de aspiração de alimento. Ação de indenização por danos materiais e morais. Recurso especial dos autores. 1. Alegação de sucumbência mínima. Falta de prequestionamento. Súmula 211/STJ. 2. Compensação da verba honorária. Súmula 306/STJ. Exigência do saldo remanescente após a compensação. Possibilidade. Recursos especiais das rés. 3. Ofensa ao princípio do juiz natural. Não caracterização. 4. Prestador de serviço. Responsabilidade objetiva. Arts. 14 do CDC e 933 do CC. 5. Alegação de inadequada valoração de prova quanto ao nexo causal e à culpa das rés. reexame de circunstâncias fático-probatórias. descabimento. Súmula 7/STJ. 6. Redução do valor da indenização por danos morais. Impossibilidade. 7. Pensionamento aos pais. Cabimento. 8. Majoração dos honorários advocatícios dos advogados dos réus. Falta de interesse recursal. 1. [...] 4. No caso, o serviço prestado pela escola maternal foi defeituoso, a qual tem o dever de zelar pela segurança das crianças no período em que estão sob seus cuidados, de modo que, frustrada essa expectativa, deve a instituição responder objetivamente pelos danos ocorridos, em consonância com o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor e 933 do Código Civil, sendo prescindível perquirir acerca da existência da culpa. 5. Embora fosse desnecessário enfrentar a questão sob a ótica da responsabilidade subjetiva, concluiu o Tribunal de origem, ao interpretar as provas produzidas no processo, pela existência de conduta negligente por parte dos prepostos da escola, estabelecendo o seu nexo causal com a morte do menor, por asfixia mecânica proveniente de aspiração de alimento, quando*

À argumentação de inexistência de danos morais às crianças, a resposta do Superior Tribunal de justiça tem sido firme, com base no princípio da igualdade de fonte constitucional: “As crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação, nos termos dos arts. 5º, X, in fine, da CF e 12, caput, do CC/02.” (STJ, REsp 1642318/MS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/02/2017, DJe 13/02/2017).

ele contava com apenas 5 meses de vida, não podendo tais questões serem reexaminadas em âmbito de recurso especial, ante o óbice da Súmula n. 7 desta Corte. 6. É possível a intervenção deste Superior Tribunal para reduzir ou aumentar o valor indenizatório do dano moral apenas nos casos em que o quantum arbitrado pelo acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela, diante da sua fixação em R\$ 200.000,00. 7. Segundo a jurisprudência deste Tribunal, em se tratando de família de baixa renda, é devido aos pais o pensionamento pela morte de filho menor, equivalente a 2/3 do salário mínimo desde os 14 até os 25 anos de idade e, a partir daí, reduzida para 1/3 do salário até a data em que a vítima completaria 65 anos. 8. [...] 9. Recursos especiais das rés improvidos, e provido, parcialmente, o dos autores.” (STJ, REsp 1376460/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)

As tentativas de alegar a culpa concorrente dos pais, ao deixarem produtos inflamáveis ao alcance das crianças⁶² ou ao se ausentarem de borda de piscina ou ao não colocarem toca em menina puxada pelos cabelos no sistema de sucção superdimensionado de piscina, não prosperam.⁶³ Em caso de transporte escolar para passeio, a jurisprudência visualiza a solidariedade entre a transportadora e a instituição de ensino.⁶⁴

⁶² Assim a ementa do eg. STJ: “No caso concreto, a atração circense emitida pela emissora ré, durante um programa ao vivo, muito embora não possa ser considerada indiferente, não se constitui em sua causa. A partir dos elementos fáticos delineados pelas instâncias ordinárias, infere-se que duas outras circunstâncias, absolutamente preponderantes e suficientemente autônomas, ensejaram concretamente a produção do resultado lesivo: (i) a ausência de vigilância dos pais, pois as crianças encontravam-se sozinhas em casa; (ii) a manutenção dos produtos inflamáveis ao alcance dos menores.” (STJ, REsp 1067332/RJ, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 05/05/2014).

⁶³ Assim a decisão do eg. STJ: ““A simples ausência da genitora no local e momento do incidente que vitimou sua filha, a despeito de lhe imposto dever de vigilância pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, não configura a culpa concorrente da mesma pelo afogamento da menina em razão de ter ela seus cabelos sugados por sistema hidráulico de drenagem e filtragem super dimensionado para o local e instalado de forma indevida pelo Condomínio-réu.” (STJ, REsp 1081432/SP, Rel. Ministro Carlos Fernando Mathias (Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região), Quarta Turma, julgado em 03/03/2009, DJe 17/08/2009).

⁶⁴ Assim, STJ, REsp 1197284/AM, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012.

Interessante notar que também é reconhecida às crianças legitimidade para discutir danos morais por si só: “2. Legitimidade do recém nascido, pois “as crianças, mesmo da mais tenra idade, fazem jus à proteção irrestrita dos direitos da personalidade, entre os quais se inclui o direito à integralidade mental, assegurada a indenização pelo dano moral decorrente de sua violação”. E ainda destaca-se o seu pleno direito aos danos morais, em caso de recusa de atendimento: “Na hipótese específica dos autos, não cabe dúvida de que a recorrente, então com apenas três anos de idade, foi submetida a elevada carga emocional. Mesmo sem noção exata do que se passava, é certo que percebeu e compartilhou da agonia de sua mãe tentando, por diversas vezes, sem êxito, conseguir que sua filha fosse atendida por clínica credenciada ao seu plano de saúde, que reiteradas vezes se recusou a realizar os exames que ofereceriam um diagnóstico preciso da doença que acometia a criança.” (STJ, REsp 1037759/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 23/02/2010, DJe 05/03/2010).

Em outro rumoroso caso, de morte de criança em estacionamento de shopping center, foi discutido inclusive se as crianças seriam potencialmente ‘destinatária final do serviço’, pois a falha na guarda do leão, que fazia parte do circo convidado a localizar-se no estacionamento de movimentado shopping center ocorreu durante o intervalo do espetáculo, quando o

menino de seis anos foi tirar fotos com os cavalos no referido estacionamento do shopping e foi atacado pelo leão (‘fato do serviço’). Ora, o art. 17 do CDC brasileiro é claro ao afirmar que equipara-se a consumidor toda a vítima de um acidente de consumo, um fato do produto ou do serviço, logo, esta grave falha de segurança em atração circense para atrair clientela a um shopping center não podia deixar de ser considerada um fato do serviço.

A ementa desta decisão do eg. STJ é: “Responsabilidade civil e direito do consumidor. Recurso especial. Alegação de omissão do julgado. Art. 535 do CPC. Inexistência. Espetáculo circense. Morte de criança em decorrência de ataque de leões. Circo instalado em área utilizada como estacionamento de shopping center. Legitimidade passiva das locadoras. Desenvolvimento de atividade de entretenimento com o fim de atrair um maior número de consumidores. Responsabilidade. Defeito do serviço (vício de qualidade por insegurança). Dano moral. Valor exorbitante. Redução. Multa. Art. 538 do CPC. Afastamento. 1-[...] 2-Está presente a legitimidade passiva das litisconsortes, pois o acórdão recorrido afirmou que o circo foi apenas mais um serviço que o condomínio do shopping, juntamente com as sociedades empresárias rés, integrantes de um mesmo grupo societário, colocaram à disposição daqueles que frequentam o local, com o único objetivo de angariar clientes potencialmente

consumidores e elevar os lucros. Incidência da Súmula 7/STJ. 3-No caso em julgamento-trágico acidente ocorrido durante apresentação do Circo Vostok, instalado em estacionamento de shopping center, quando menor de idade foi morto após ataque por leões-, o art. 17 do Código de Defesa do Consumidor estende o conceito de consumidor àqueles que sofrem a consequência de acidente de consumo. Houve vício de qualidade na prestação do serviço, por insegurança, conforme asseverado pelo acórdão recorrido. 4-Ademais, o Código Civil admite a responsabilidade sem culpa pelo exercício de atividade que, por sua natureza, representa risco para outrem, como exatamente no caso em apreço. 5-O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de se mostrar manifestamente exagerado ou irrisório, distanciando-se, assim, das finalidades da lei. O valor estabelecido para indenizar o dano moral experimentado revela-se exorbitante, e deve ser reduzido aos parâmetros adotados pelo STJ. 6-Não cabe multa nos embargos declaratórios opostos com intuito de prequestionamento. Súmula 98/STJ. 7-Provimento parcial do recurso especial.” (STJ, REsp 1100571/PE, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 07/04/2011, DJe 18/08/2011)

Infelizmente, os danos às crianças parecem continuar, tanto que se encontra jurisprudência atual sobre o tema. Em recente

decisão de 2017, o STJ chama a atenção que a recusa de atendimento à recém nascida é dano à criança e à mãe, mas os danos morais da criança são concedidos como espécie de dano por ricochete à mãe, plenamente capaz de entender os danos que estavam lhe sendo impingidos e à sua filha, sendo claro que em ambos os casos os danos materiais e extrapatrimoniais ou morais devem ser ressarcidos a ambas em igual proporção.⁶⁵

⁶⁵ Veja a ementa: “*Direito civil e do consumidor. Recurso especial. Ação de compensação de danos morais. Violação de dispositivo constitucional. Descabimento. Fundamentação. Deficiência. Súmula 284/STF. Plano de saúde. Negativa de cobertura de despesas médico-hospitalares. Recusa indevida. Dano moral configurado.* 1. [...] 2. O propósito recursal é definir se a negativa de cobertura integral, por parte da recorrida, de gastos com a internação de recém-nascida gera danos morais às recorrentes. 3. [...] 5. A recusa indevida à cobertura médica é causa de danos morais, pois agrava o contexto de aflição psicológica e de angústia sofrido pelo segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. 6. Nos presentes autos, a infundada recusa na cobertura do plano de saúde ocorreu após a realização do tratamento médico da recém-nascida. 7. A latente preocupação e aflição com as despesas médico-hospitalares, por parte da primeira recorrente, ainda que posteriormente ao tratamento médico, certamente afetaram os cuidados com a criança, ora segunda recorrente, devendo ser reconhecido o direito de ambas em serem compensadas pelos danos morais sofridos na oportunidade. 8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.”(STJ, REsp 1668302/RS, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 13/06/2017, DJe 22/06/2017).

Conclua-se, pois, que crianças são também vítimas da sociedade de consumo e de risco que vivemos e devem receber os mesmos ditreitos dos demais consumidores, além de proteção e priorização especial, utilizando-se em diálogo, sob a luz do Art. 227 da Consituição Federal de 1988, a legislação protetiva do ECA, da novel Lei da primeira infância, do Código civil e do Código de Defesa do Consumidor para a sua proteção e areparação integral de todos os danos, materiais e morais, por elas sofridos no mercado de consumo. Como vimos, a jurisprudência reconhece a vulnerabilidade agravada ou a hipervulnerabilidade das crianças. Vejamos mais detalhes deste reconhecimento.

II. Reconhecimento legal da vulnerabilidade agravada do consumidor-criança

A condição peculiar de pessoas em desenvolvimento é reconhecida nos arts. 19, 69 e 71 do ECA (Lei 8.069/1990)⁶⁶ e o Código de Defesa do Consumidor reconheceu a vulnerabilidade especial das crianças, quando menciona expressamente a “idade, saúde, conhecimento ou condição social” do consumidor (art. 39, IV) e, especificamente, as crianças (art. 37, § 2.º), impondo que a publicidade respeite sua “dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade das crianças”.⁶⁷

⁶⁶ Marques, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 376-377.

⁶⁷ Dias, Lucia Ancona Magalhães. *Publicidade e direito*. São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 185.

Se o reconhecimento da vulnerabilidade especial das crianças-consumidoras inicia no próprio CDC e continua em sua atualização (PL 3515,2015),⁶⁸ mister analisar estas normas do CDC e seu impacto, tanto no que tange a publicidade abusiva, como outras práticas comerciais abusivas em geral. Vejamos.

A) Publicidade abusiva

A publicidade abusiva é, em resumo, a publicidade antiética,⁶⁹ que fere a vulnerabilidade do consumidor, que fere valores sociais básicos, que fere a própria sociedade como um todo.⁷⁰ A pergunta se toda a publicidade dirigida à crianças é abusiva

⁶⁸ Veja sobre o tema meu artigo publicado na China, Marques, Claudia Lima. O direito do Consumidor no Brasil e os Projetos de Lei de Actualização do Código de Defesa do Consumidor, in Boletim da Faculdade de Direito-Universidade de Macau, ano XVIII, nr. 35 (p.55-71), 2014, p. 66ss.

⁶⁹ Veja, nesse sentido, a sentença proibindo publicidade ofensiva à dignidade dos portadores do vírus da Aids, com fortes contornos constitucionais-Revista de Direito do Consumidor vol. 4, p. 261 ss Veja, nesse sentido, a sentença proibindo publicidade ofensiva à dignidade dos portadores do vírus da Aids, com fortes contornos constitucionais-Revista de Direito do Consumidor vol. 4, p. 261 ss.

⁷⁰ Veja as observações precisas sobre publicidade discriminatória in Pasqualotto, Adalberto, *Os efeitos obrigacionais da publicidade*, RT: São Paulo, 1997, p. 128 ss.

está na doutrina brasileira, com muita força.⁷¹ O Instituto Alana defende a proibição de toda a publicidade infantil no mercado brasileiro.⁷²

A doutrina define publicidade como “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com utilização de informação e/ou persuasão.”⁷³ E destaca seus efeitos persuasórios, daí a necessidade de ser identificada como mensagem destinada a vender ou promover algum produto ou serviço.⁷⁴ A autoregulamentação, no CONAR, Conselho de auto-regulamentação da publicidade no Brasil, também tem lista de regras especiais para a publicidade infantil. Sobre a publicidade infantil o Ministério da Justiça emitiu nota técnica sobre publicidade

⁷¹ Veja D'Aquino, Lúcia Souza. A publicidade abusiva dirigida ao público infantil. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 106, p. 89-131, jul./ago. 2016 e Pasqualotto, Adalberto; Alvarez, Ana Maria Blanco Montiel. *Publicidade e proteção da infância*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

⁷² Assim Sodré, Marcelo. Duas palavras: uma ausente outra presente, in Fontenelle, Lais. *Criança e Consumo*, Alana: São Paulo, 2016, p. 301ss.

⁷³ Benjamin, Antonio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 9, p. 25-27, jan. 1994, p. 50

⁷⁴ Dias, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. *Publicidade e Direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 65.

infantil.⁷⁵ Em 2014, o CONANDA (Conselho Nacional da Criança e do Adolescente)⁷⁶ editou a Resolução nr. 163, que considerou abusiva a publicidade direcionada à criança,⁷⁷

⁷⁵ Nota Técnica nº 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON. Ementa: Publicidade Infantil. Publicidade e Prática Abusiva. Publicidade dirigida às crianças em ambientes escolares. Publicidade de alimentos direcionada ao público infantil. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

⁷⁶ Veja <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda>.

⁷⁷ Veja a regra, reproduzida por D'Aquino, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade- hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 94: “Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos: I-linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; II-trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; III-representação de criança; IV-pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; V-personagens ou apresentadores infantis; VI-desenho animado ou de animação; VII-bonecos ou similares; VIII-promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e IX-promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil. § 1º O disposto no caput se aplica à publicidade e à comunicação mercadológica realizada, dentre outros meios e lugares, em eventos, espaços públicos, páginas de internet, canais televisivos, em qualquer horário, por meio de qualquer suporte ou mídia, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente

abrindo um grande debate jurídico.⁷⁸

A regra atual é a do Art. 37 do CDC, que dispõe: “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.”

e adulto. § 2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos. § 3º As disposições neste artigo não se aplicam às campanhas de utilidade pública que não configurem estratégia publicitária referente a informações sobre boa alimentação, segurança, educação, saúde, entre outros itens relativos ao melhor desenvolvimento da criança no meio social.”

⁷⁸ Veja Miragem, Bruno. Proteção da criança e do adolescente consumidores. Possibilidade de explicitação de critérios de interpretação do conceito legal de publicidade abusiva e prática abusiva em razão de ofensa a direitos da criança e do adolescente por resolução do Conselho Nacional da Criança e do Adolescente-Conanda. Parecer, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 95/2014, p. 459-495. E também Martins, Guilherme M. A regulamentação da publicidade infantil no Brasil. A proteção do consumidor e da infância, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 102/2015, p. 297-320.

Como ensina Antônio Herman Benjamin, crianças são “a faixa de público mais expostas à publicidade”, daí a publicidade dirigida “merecer atenção especial” do CDC.⁷⁹ A jurisprudência afirma: “as crianças, que têm inegável maior vulnerabilidade, por isso denominadas pela doutrina-o que encontra supedâneo na inteligência do 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor- como consumidores hipervulneráveis.”⁸⁰

Crianças são consumidores ‘mais frágeis’ e afetáveis pela publicidade, daí que o Superior Tribunal de justiça em decisão histórica considerou a publicidade de alimentos dirigida à criança como abusiva.⁸¹ Tratava-se de caso de venda de biscoitos infantias que se a criança comprovasse 5 pacotes podia , com mais 5 reais, ‘ganhar’ um relógio do personagem infantil “Shrek”, induzindo as crianças a consumir em grande número os referidos biscoitos.

⁷⁹ Benjamin, Antônio Herman. Apresentação, in D’Aquino, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade-hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 1.

⁸⁰ Assim a ementa já citada do REsp 1188105/RJ, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 05/03/2013, DJe 12/04/2013.

⁸¹ Benjamin, Antônio Herman. Apresentação, in D’Aquino, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade-hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 3.

A decisão foi assim ementada: “Processual civil. Direito do consumidor. Ação civil pública. Violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Publicidade de alimentos dirigida à criança. Abusividade. Venda casada caracterizada. Arts. 37, § 2º, e 39, I, do Código de Defesa do Consumidor. 1. [...] 2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC). 3. In casu, está configurada a venda casada, uma vez que, para adquirir/comprar o relógio, seria necessário que o consumidor comprasse também 5 (cinco) produtos da linha “Gulosos”. Recurso especial improvido.” (STJ, REsp 1558086/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 15/04/2016)⁸²

A defesa do consumidor contra a publicidade abusiva é também coletiva no Brasil. O Ministério Público Estadual e Federal e as Associações de Defesa dos Consumidores estão

⁸² Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.558.086-SP. Segunda Turma. Rel. Min. Humberto Martins. Julgado em 10/3/2016. In: www.stj.jus.br, acesso em 26/06/2017.

fazendo uso constante de ações civis públicas para evitar este tipo de publicidade no mercado brasileiro.⁸³

Destaque-se, também, que, no sistema de nosso CDC, com sua ratio legis de inclusão e tutela dos vulneráveis, não há diferença na intensidade dos “deveres” dos fornecedores perante os consumidores (terceiros beneficiários) “intencionais” ou “incidentais” (Art. 29 e Art. 17 do CDC).⁸⁴ Todos receberam, sem distinção, o status de consumidor, e quanto a eles todos os fornecedores devem se conduzir com boa-fé e evitar danos, inclusive em relação à publicidade.

Esta linha de pensamento tem prevalecido na jurisprudência brasileira, em especial no caso da publicidade abusiva,

⁸³ Veja o já citado caso, REsp 1101949/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10/05/2016, DJe 30/05/2016.

⁸⁴ A pioneira Associação de Proteção ao Consumidor-APC, de Porto Alegre, moveu uma ação civil pública contra publicidade veiculada pela televisão, que incitava crianças à prática de delitos (invasão de supermercados etc.) para poder consumir produtos alimentícios do fornecedor. A ação é verdadeiro leading case no direito brasileiro, pelo menos no campo civil-Revista de Direito do Consumidor 4, p. 200-234. Mencione-se, igualmente, a atuação dos Procons-por exemplo, a ação do Procon-PGE/SP contra a publicidade do “Tênis da Xuxa”, que incentivava a destruição de sapatos velhos pelas crianças de forma a receber os novos tênis.

como demonstrou o leading case “Nestlé e APC”,⁸⁵ em que foram considerados consumidores crianças pobres, que não “contratavam” ou “consumiam” tais produtos. Sobre o tema escreveu Erik Jayme: “No Brasil, a visão [de consumidor] também é diferente. O direito brasileiro de proteção ao consumidor distingue entre crianças e adultos. Abusivas são as publicidades que usam ou abusam da pobreza das crianças (art. 37, § 2.º, do CDC). Em um caso célebre, tratava-se de uma publicidade de chocolates, que animava as crianças a arrombar um supermercado. A reação do direito brasileiro colocou em primeiro plano a dignidade dos pobres (*Würde der Armen*). A concepção de consumidor (*Verbraucherleitbild*) no Brasil ficava assim impregnada da necessidade material de setores da sociedade, cujo respeito não podia ser esquecido”.⁸⁶

⁸⁵ Veja caso na *Revista de Direito do Consumidor* vol. 4, p. 200-234, iniciais na *Revista de Direito do Consumidor* 4, p. 222-228 e comentários de Chaise, Valéria Falcão. *A publicidade em face do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 40 e 41, e de Rodycz, Rodycz, Wilson Carlos. O controle da publicidade, *Revista de Direito do Consumidor* 8, p. 58 ss.

⁸⁶ Assim ensina o mestre de Heidelberg, Jayme, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado, *RT* 759, p. 34, comentando a decisão de Porto Alegre publicada na *Revista de Direito do Consumidor* 4, p. 221 ss

Em resumo, o consumidor na atividade publicitária não é apenas aquele consumidor potencial, mas todos os expostos (Art. 29 do CDC),⁸⁷ logo, toda a população, mesmo os excluídos do consumo, mas atingidos pelas práticas, especialmente as práticas abusivas.

A atualização do CDC (PL 3514, 2015 e PL 3515, 2015) tenta também regular melhor a publicidade infantil, as relações gratuitas online e proteger de forma especial, do “assédio de consumo”, os consumidores idosos, analfabetos e crianças.⁸⁸ Há mesmo uma regra sobre publicidade infantil incluída pelo Senado Federal em 2013, nos projetos originais. O eminente Senador Ricardo Ferraço, relator da Comissão Especial, decidiu incorporar 4 (quatro) temas ao substitutivo: consumo sustentável,

⁸⁷ Esta é a lógica da decisão do STJ: “Televisão-‘Show do Milhão’-Código de Defesa do Consumidor-Prática abusiva. A emissora de televisão presta um serviço e como tal se subordina às regras do Código de Defesa do Consumidor. Divulgação de concurso com promessa de recompensa segundo critérios que podem prejudicar o participante. Manutenção da liminar para suspender a prática. Recurso não conhecido” (STJ, 4.^a T., REsp 436.135/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 17.06.2003).

⁸⁸ Veja sobre a vulnerabilidade dos analfabetos, Marques, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo, in Marques, Claudia Lima; Gsell, Beate. *Novas Tendências do Direito do Consumidor-Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 46 e seg.

publicidade infantil, contratos de locação com imobiliárias e a proteção internacional dos consumidores. Assim, foi realizada uma audiência pública sobre publicidade infantil, mas na Câmara dos Deputados, na Comissão de Defesa do Consumidor, tal norma sobre publicidade infantil foi inicialmente recusada, mas continua a ser analisada em Comissão Especial.

A regra incluída pelo Senado Federal é a seguinte:

“Art. 37.

.....

§ 2º É abusiva:

I-a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança;

II-A publicidade dirigida à criança que se aproveite da sua deficiência de julgamento e experiência, promova discriminação em relação a quem não seja consumidor do bem ou serviço anunciado, contenha apelo imperativo ao consumo, estimule comportamento socialmente condenável ou, ainda, empregue criança ou adolescente na condição de

porta-voz de apelo ao consumo.

..... (NR)”

Esta regra foi bastante criticada, por indiretamente autorizar a publicidade infantil, ficando em aberto se a Atualização do CDC deve ou não conter norma sobre o tema ou deixar que a jurisprudência decida-o.⁸⁹ A tendência atual é considerar que pela atual legislação a publicidade dirigida diretamente à crianças seria abusiva.⁹⁰

B) Práticas comerciais abusivas em geral

O art. 39, inc. IV, do CDC, inclui na lista de práticas abusivas “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista, entre outras circunstâncias, a sua idade”, como no caso das crianças. O texto é o seguinte: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] IV-prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;”

⁸⁹ Esta parece ser a posição defendida por D’Aquino, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade-hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 123.

⁹⁰ Veja, por todos, D’Aquino, Lúcia Souza. *Criança e Publicidade-hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 122.

Logo, são práticas abusivas e proibidas pelo art. 39 aquelas que se prevalecem da vulnerabilidade social ou cultural do consumidor.⁹¹ Segundo o inciso IV, é vedado ao fornecedor “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. Muitas das chamadas técnicas de venda sob impulso confiam em seu sucesso devido, justamente, à vulnerabilidade a que reduzem o consumidor. Aqui a reforma do CDC (PL 3515,2105) tenta reforçar a lista do art. 39 protegendo em especial as crianças e os idosos e as pessoas portadoras de deficiência, como antes comentado, os hipervulneráveis, criando a figura do assédio de consumo.⁹²

Nos Projetos de Lei do Senado Federal que visam a atualização do CDC, a Comissão de Juristas, coordenada pelo e. Min. Antônio Herman Benjamin, introduziu no direito brasileiro a figura do combate ao assédio de consumo, nominando

⁹¹ Veja Monteiro, António Pinto. The impact of the directive on unfair terms in consumer contracts on Portuguese law. *European Review of Private Law* 3, p. 231-240, 1995, p. 231 e seg.

⁹² Veja detalhes em Marques, Claudia Lima. A vulnerabilidade dos analfabetos e dos idosos na sociedade de consumo brasileira: primeiros estudos sobre a figura do assédio de consumo, in in Marques, Claudia Lima; Gsell, Beate. *Novas Tendências do Direito do Consumidor-Rede Alemanha-Brasil de Pesquisas em Direito do Consumidor*, São Paulo: Ed. RT, 2015, p.65ss.

estratégias assediosas de marketing muito agressivas e de marketing focado em grupos de consumidores, targeting muitas vezes nos mais vulneráveis do mercado, idosos e analfabetos. A Diretiva europeia sobre práticas comerciais abusivas, Diretiva 2005/29/CE, em seu art. 8 utiliza como termo geral, o de prática agressiva, aí incluídas como espécies, o assédio (*harassment*), a coerção (*coercion*), o uso de força física (*physical force*) e influência indevida (*undue influence*).⁹³ A opção do legislador brasileiro foi de considerar assédio de consumo o gênero para todas as práticas comerciais agressivas⁹⁴ que limitam a liberdade de escolha do consumidor. Esta novidade merece um estudo mais aprofundado. Efetivamente, no PL 3514, 2015 de Atualização do CDC, criou-se um novo direito básico dos consumidores, proibindo qualquer forma de discriminação e assédio de consumo, reforçando a liberdade de escolha, nos seguintes termos: “(o texto será: “XII-a liberdade de escolha, em especial frente a novas tecnologias e redes de dados,

⁹³ Micklitz, in Reich, Norbert; Micklitz, Hans-W; Rott, Peter; Tonner, Klaus. *European Consumer Law*, Intersentia: Cambridge, 2014/, p. 113, afirma que tal norma é “semelhante” (*likewise*) uma cláusula geral.

⁹⁴ Note-se que a expressão prática comercial agressiva não era conhecida em muitos países europeus antes da Diretiva de 2005, como informa Howells, in Howells, Geraint; Micklitz, Hans-W.; Wilhelmsson. *European Fair Trading Law-The unfair commercial practices directive*. Aldershot: Ashgate, 2006, p. 168.

sendo vedada qualquer forma de discriminação e assédio de consumo”.

Se a norma do PL 3514, 2015 traz um direito básico de proteção contra o assédio, o PL 3515, 2015, tipifica-se o assédio de consumo como prática comercial abusiva no crédito, mencionando os hipervulneráveis: “[Art. 54-F] É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito, publicitária ou não: [...] IV-assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, inclusive à distância, por meio eletrônico ou por telefone, principalmente se idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;”. No relatório-geral da atualização do CDC (ainda com os números originais dos Projetos, PLS 281 e 283 de 2012), ponderamos que estas normas fazem parte de um reforço na dimensão ético-inclusiva e solidarista do CDC.⁹⁵ Esta diretriz de inclusão social procura adaptar o CDC aos desafios do Brasil de hoje, onde a democratização e massificação do crédito ao consumidor, em especial o crédito consignado, tem como alvo principal o grupo de idosos, muitos analfabetos ou analfabetos funcionais.

⁹⁵ Benjamin/Marques, *Relatório-Geral da Comissão de Juristas-Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. p. 23 e 24.

No direito brasileiro, a lista do art. 39 do CDC de práticas comerciais abusivas é um elenco exemplificativo,⁹⁶ logo, pode já conter a figura do assédio de consumo. Segundo ensina Antônio Herman Benjamin são abusivas as práticas comerciais que “violem padrões ético-constitucionais de convivência no mercado de consumo, ou ainda, contrariem o próprio sistema difuso de normas, legais e regulamentares, de proteção ao consumidor”.⁹⁷ O autor ainda esclarece: “O CDC regra as chamadas práticas abusivas, sem se preocupar em defini-las. São comportamentos empresariais que afetam, diretamente, o consumidor, aproveitando-se de sua vulnerabilidade ou tornando-o mais vulnerável. Todas as hipóteses listadas têm em comum o fato de representarem um comportamento do fornecedor incompatível com um mercado transparente e justo.”⁹⁸

Geraint Howells ensina que o legislador europeu visava proibir práticas comerciais agressivas que: 1) explorem características ou circunstâncias dos consumidores (alvos); ou

⁹⁶ Veja a jurisprudência sobre o art. 39 do CDC, in Marques, in Marques/Benjamin/Miragem,, p. 891.

⁹⁷ Benjamin, Antônio Herman. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 380.

⁹⁸ Benjamin, Antônio Herman, O Código Brasileiro de Proteção do Consumidor, in *Revista de Direito do Consumidor*. 7, p. 269ss.

2) pressionem indevidamente ou intimidem os consumidores a aceitar contratar ou utilizar produtos e serviços assim oferecidos no mercado.⁹⁹ Exemplos destas práticas agressivas, que retiravam ou limitavam substancialmente a liberdade de escolha ou a autonomia de vontade do consumidor, se voltavam para práticas dos fornecedores que-mais do que enganar-tiravam vantagens de alguma vulnerabilidade, idade avançada ou crianças, ou problema especial dos consumidores, como doenças, retirando ou limitando substancialmente a capacidade de decidir de forma informada e refletida.¹⁰⁰

As práticas abusivas frente às crianças são duplamente agressiva,¹⁰¹ pois já por sua vulnerabilidade não entendem a diferença entre a fantasia e a realidade e a vontade de vender da própria mensagem publicitária. Importante notar que este cuidado com as crianças consumidoras parece ser mundial,

⁹⁹ Howells, in Howells/Micklitz/Wilhelmsson, p. 168.

¹⁰⁰ Howells, op.cit., p. 168.

¹⁰¹ Como ensina a jurisprudência: “Se todos os consumidores, por conceito, são vulneráveis em algum aspecto (econômico, social, técnico, jurídico...), não se pode deixar de reconhecer que alguns grupos apresentam uma fragilidade ainda maior, como as crianças, os idosos, os portadores de necessidades especiais e os analfabetos”. (TJRS, ApCiv 70051906105, 20.^a Câ. Civ., j. 27.11.2013, rel. Des. Carlos Cini Marchionatti, DJ 04.12.2013).

pois, também na Europa, a Diretiva 2005/29, se utiliza a figura do consumidor médio para estabelecer o grau de abusividade da prática, também possui norma para proteger grupos especiais de consumidores, idosos e crianças, doentes (art. 5.º, n. 3).¹⁰² E a Diretiva sobre Serviços de Comunicação social Audiovisual, desde 1989, visa proteger as crianças, afirmando a versão de 2010 (Directiva 2010/13/EU): “Art. 9... g) As comunicações comerciais audiovisuais não devem prejudicar física ou moralmente os menores. Por conseguinte, não devem exortar directamente os menores a comprarem ou alugarem um produto ou serviço aproveitando-se da sua inexperiência ou credulidade, não devem encorajá-los directamente a persuadirem os pais ou outras pessoas a adquirirem os produtos ou serviços que estejam a ser publicitados, não devem aproveitar-se da confiança especial que os menores depositam nos pais, professores ou

¹⁰² Veja o Preâmbulo da Diretiva 2005/29: “(19) Nos casos em que certas características como a idade, doença física ou mental, ou a credulidade, tornam os consumidores particularmente vulneráveis a uma prática comercial ou ao produto subjacente, e o comportamento económico apenas desses consumidores é susceptível de ser distorcido pela prática de uma forma que se considera que o profissional pode razoavelmente prever, é adequado prever que eles são devidamente protegidos mediante a avaliação da prática na perspectiva do membro médio desse grupo.” E, sobre a figura do “average consumer”, Micklitz, in Reich/Micklitz/Rott/Tonner, op. cit., 94 e seg.

outras pessoas, nem devem mostrar sem motivo justificado menores em situações perigosas.”¹⁰³

Considerações Finais

A análise realizada da legislação, jurisprudência e da doutrina brasileira atual, parece comprovar a tese que há um dever de proteção qualificado do fornecedor de produtos e serviços em relação às crianças, que passaram de ‘ator secundário’ a ‘consumidor’ pleno, sujeito de direitos a proteger no mercado com prioridade absoluta. Trata-se de um ‘destinatário final’ de produtos e serviços dos mais vulneráveis (ou hipervulnerável), daí que o fornecedor de produtos e serviços deve ter em conta ao colocar seus produtos no mercado, principalmente no que se refere às suas práticas comerciais, publicitárias e de marketing, pois frente a crianças, nem tudo pode ser permitido!

A tendência é considerar estes consumidores, como ‘destinatários finais de produtos e serviços’ plenos (Art. 2 do CDC), e ter em conta suas vulnerabilidades e fraquezas típicas (art. 4, I do CDC) no momento da informação e da prestação do serviço ou uso do produto, de forma a evitar danos, pois o risco profissional daquele fornecedor que dirigir seus produtos

¹⁰³ Veja detalhes in D’Aquino, *Lúcia Souza. Criança e Publicidade-hipervulnerabilidade?*, Ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, p. 102 e seg.

e serviços para este público-alvo é maior, assim como a possibilidade de suas práticas comerciais e publicidade serem consideradas abusivas no Brasil. Um povo que não se preocupa com suas crianças é um povo que não pensa no futuro! Proteger as crianças no mercado de consumo é parte importante do direito do consumidor e esperamos poder estar contribuindo para esta proteção.