

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. IV | n. 14 | JUNHO 2014

#14

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Editora Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume IV, número 14, junho 2014

Periodicidade: trimestral (março, junho, setembro e dezembro)

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Karla Pluchiennik M. Tesseroli – Luiz Fernando de Queiroz
– Noeli do Carmo Faria

Diagramação: Josiane C. L. Martins

Produção gráfica: Jéssica Regina Petersen

Local de publicação: Curitiba, Paraná, Brasil

Qualis C – Capes

Editora Bonijuris Ltda.

Rua Mal. Deodoro, 344 – 3º andar

80010-010 Curitiba, PR, Brasil

(41) 3323-4020

Assinaturas: 0800-645-4020 – www.livrariabonijuris.com.br

Preço de exemplar impresso: **R\$ 120,00** ou cotação do dia

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO DO CONSUMO – 2011.

Trimestral (março, junho, setembro e dezembro).

Curitiba: Editora Bonijuris Ltda.

Diretor: Mário Frota. Editor Responsável: Luiz Fernando de Queiroz.

Formato 15,4cm x 23cm, 320 páginas, capa: quatro cores (350gm), miolo: duas cores (70gm).

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia).

ISSN 2237-1168

1. DIREITO – periódico.
2. DIREITO DO CONSUMO. Relação de Consumo – periódico.
3. CONSUMIDOR – periódico.
4. Doutrina. Jurisprudência. Pareceres – periódico.
5. DIREITO COMPARADO – periódico.

I. Título

Conselho Diretor

Mário Frota, presidente
Joatan Marcos de Carvalho, vice-presidente
Jorge Pegado Liz, diretor para relações internacionais
Roberto Senise Lisboa, diretor para relações institucionais

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Conselho Editorial (Brasil)

Ada Pellegrini Grinover, Adalberto Pasqualotto, Adriana Burger
Alcino Oliveira de Moraes, Amélia Rocha, Antonio Joaquim Fernandes Neto
Aurisvaldo Melo Sampaio, Bruno Miragem
Carlos Augusto da Silva Oliveira, Clarissa Costa de Lima, Eduardo Lima de Matos
Fátima Nancy Andrichi, Flávio Citro Vieira de Mello
Fábio de Souza Trajano, Francisco José Moesch, Francisco Glauberto Bezerra
Geraldo de Faria Martins da Costa, Gilberto Giacóia
Gregório Assagra de Almeida, Hector Valverde Santana, Heloísa Carpena
Ilene Patrícia Noronha Najarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Larissa Maria Leal, Luiz Antônio Rizzatto Nunes
Marcelo Gomes Sodré, Marco Antonio Zanellato, Marcus da Costa Ferreira
Markus Samuel Leite Norat, Maria José da Silva Aquino, Marilena Lazzarini
Newton de Lucca, Paulo Arthur Lencioni Góes, Paulo Jorge Scartezzini
Paulo Valério Dal Pai Moraes, Roberto Grassi Neto
Roberto Pfeiffer, Rogério Zuel Gomes, Rosana Grinberg, Sandra Bauermann
Sueli Gandolfi Dallari, Walter Faiad Moura, Werson Rêgo Filho

Conselho Editorial (Portugal/Europa)

Ana Filipa Conceição, Ângela Frota
Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota, Cátia Marques Cebola
Cristina Rodrigues de Freitas, David Falcão, Emília Santos, Fernando Gravato Morais
François Chabas (França), Guillermo Orozco Pardo (Espanha), Henri Temple (França)
João Cardoso Alves, Júlio Reis Silva
Maria de los Ángeles Zurilla Cariñana (Espanha), Marisa Dinis
M. Januário da Costa Gomes, Paulo Duarte, Paulo Ferreira da Cunha
Paulo Morais, Paulo Teixeira, Rafael Augusto Moura Paiva
Rute Couto, Susana Almeida
Susana Ferreira dos Santos, Telmo Cadavez

Patrocínio

Amapar – Associação dos Magistrados do Paraná
Garante – Serviços de Apoio Ltda.
Duplique – Créditos e Cobranças Ltda.

Apoio Institucional

Associação dos Condomínios Garantidos do Brasil
Esmap – Escola da Magistratura do Paraná
Instituto Euclides da Cunha
Instituto Ciência e Fé

EDITORIAL

- 09 **Que se Respeitem Crianças e Jovens**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 11 **Lanches Acompanhados de Brinquedos: Comunicação
Mercadológica Abusiva Dirigida à Criança e Prática
de Venda Casada**
EKATERINE KARAGEORGIADIS
- 41 **A Publicidade Infantil e a Regulação da Publicidade de
Alimentos de Baixo Teor Nutricional**
LARISSA MARIA DE MORAES LEAL
RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA
- 61 **La Publicidad Infanto-Juvenil en España**
MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ
- 83 **O Enquadramento Legal da Publicidade Infanto-Juvenil na UE:
Presente e Futuro**
J. PEGADO LIZ
- 121 **A Regulamentação da Publicidade Dirigida a Crianças: Um
Ponto de Encontro Entre o Direito da Criança e do Adolescente
e o Direito do Consumidor**
TAMARA AMOROSO GONÇALVES
- 149 **A Publicidade Infanto-Juvenil e o Assédio pela Internet**
SUSANA ALMEIDA
- 177 **A Violência no Âmbito da Publicidade Voltada ao
Público Infantil**
ISABELLA HENRIQUES
- 185 **A Escola como Canal de Mídia e de Consumo**
ISABEL FARINHA

PARECER

- 207 **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho Relativa à Aproximação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas dos Estados-Membros no que Respeita ao Fabrico, à Apresentação e à Venda de Produtos do Tabaco e Produtos Afins COM (2012) 788 final – 2012/0366 (COD)**
JOSÉ ISAÍAS RODRÍGUEZ GARCÍA-CARO

LEGISLAÇÃO

- 237 **Decreto-Lei 24/2014**

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

- 265 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Luciano Pinto
- 269 **Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais**
Relator: Marcos Lincoln
- 275 **Ementário**
Julgados do TJ/PR, do TJ/RS, do TJ/MG, do TJ/DF, do TJ/SP, do TJ/BA, do TJ/SC, do TRF e do STJ

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 295 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)**
Relator: M. Safjan
- 301 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção)**
Relator: E. Jarašiūnas

EM DESTAQUE

- 307 **Educação para a Publicidade**
ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA
- 311 **Publicidade Dirigida a Crianças, Jovens e Adolescentes**
MÁRIO FROTA

EDITORIAL

Que se Respeitem Crianças e Jovens

A publicidade infanto-juvenil constitui dos temas, a um tempo, mais instigantes e mais instantes da sociedade contemporânea.

A sociedade de pós-consumo – que nos submerge – elege, no domínio da comunicação comercial, as crianças e os jovens como alvo preferencial das temerárias ações que sobre um tal universo desencadeia.

A autêntica hipervulnerabilidade de grupos tão desvalidos imporia peculiares cuidados das comunidades organizadas em vista de uma esfera reforçada de proteção ante as arremetidas da publicidade e do marketing e de outros meios que tendem a enredá-los numa teia extraordinariamente bem urdida, a fim de lograrem os seus perversos objetivos.

Não se ignore que, na Europa, cerca de 40% dos orçamentos domésticos são afetados às exigências de crianças e jovens, como que “tocados” pela publicidade que sabe bem a quem e como dirigir as suas insidiosas mensagens. No Brasil, segundo dados fidedignos do Instituto Alana, as classes médias vêm explodir tais percentagens para a casa dos 80%.

Não é coisa de somenos, por conseguinte, e não é inocente tanto a publicidade que se dirige como a que envolve as crianças e jovens.

O Conselho Económico e Social Europeu, pela mão do conselheiro Jorge Pegado Liz, consumerista emérito, assessorado por Paulo Morais, pedagogo que se vem ocupando de domínios tais, apresentou recentemente à Comissão Europeia um relatório de iniciativa de que se respigam os seguintes excertos (editados por brevidade):

- *A publicidade que se serve abusivamente de crianças, para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem, ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental – e deve ser banida.*

- *A publicidade dirigida a crianças comporta riscos agravados consoante os grupos etários, com consequências danosas para a sua saúde física, psíquica e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao endividamento e o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde.*

- *Certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação*

física, psíquica, moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

- *Deve ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias. Também os pais deverão ser capacitados para acompanhar os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias.*

- *Os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.*

- *Anunciantes e patrocinadores, no âmbito das iniciativas da autorregulação e da correção, já adotadas e a promover, devem assumir e aplicar os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar.*

- *O quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais.*

A edição que ora se oferece aos nossos habituais leitores é consagrada exclusivamente ao tema da publicidade infanto-juvenil.

Colaborações de outros reputados especialistas aspirámos ter para a edição presente.

Vicissitudes de ordem vária inibiram-nos de poder contar com quem muito teria para dar, num acréscimo de valor ao judicioso labor dos que assinam de forma brilhante os textos que ora ofertamos.

Esta sociedade assente em incertezas permanentes agrava consideravelmente trabalhos do jaez destes.

É algo que desafortunadamente se não pode banir do nosso horizonte.

Os artigos que se publicam são de primeiríssima plana.

Tanto basta para que nos sintamos reconfortados.

Brasil, Gramado, XII Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 12 de maio de 2014

Mário Frota

Diretor do Conselho Editorial

LANCHES ACOMPANHADOS DE BRINQUEDOS: COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA ABUSIVA DIRIGIDA À CRIANÇA E PRÁTICA DE VENDA CASADA

EKATERINE KARAGEORGIADIS*

Advogada da Área de Defesa do Instituto Alana

EXCERTOS

“Quando adulto, o consumidor deixa de se interessar pelo brinquedo sem, no entanto, desinteressar-se pela marca que o fidelizou na infância, em cujas lojas encontrará um portfólio de produtos que atende a todas as faixas etárias”

“Se a publicidade por si só já influencia o público infantil, a possibilidade de proporcionar entretenimento à experiência de consumo é capaz de potencializá-la”

“Sem a oferta de qualquer prêmio as crianças sempre preferem os alimentos conhecidos como fast food. Mas os prêmios podem influenciar o desejo por qualquer tipo de produto”.

“A criança se acostuma a adotar o consumo pouco consciente e sustentável, pois desejará os combos pelo simples prazer imediato de ter um brinquedo em sua mão e poder colecioná-lo”

“Ao associar diversão, entretenimento, bens materiais como brinquedos e inserção social à ingestão de alimentos na sua grande maioria com altos teores de sódio, gordura e açúcares, as redes de lanchonetes criam uma lógica que incentiva a internalização de valores materialistas e consumistas, e a adoção de hábitos alimentares prejudiciais à saúde, em patente desrespeito a normas fundamentais de proteção dos direitos das crianças e dos consumidores”

“A consequência da exposição das crianças a conteúdos mercadológicos abusivos, que se aproveitam da fase de desenvolvimento em que se encontram, é a intensificação de fatores prejudiciais ao seu desenvolvimento, como transtornos alimentares e obesidade infantil, materialismo, consumismo, transtornos de comportamento, estresse familiar, dentre outros”

*** Outras qualificações da autora**

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Pós-graduanda em Direito do Consumidor pela Escola Paulista da Magistratura. Conselheira do CONSEA – Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional

1. Introdução

A venda de alimentos acompanhados de brinquedos ou “brindes”¹ – exclusivos, efêmeros, colecionáveis e, na maioria das vezes, relacionados a personagens licenciados do universo infantil – pelas redes de *fast food* é prática antiga e corriqueira, mas nem por isso deixa de ser ética e juridicamente condenável.

A partir do que é verificado no Brasil, o artigo tem como objetivo analisar a venda de um “combo infantil” pelas lanchonetes enquanto estratégia de comunicação mercadológica abusiva dirigida a crianças e como prática de venda casada, condutas vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se ainda analisar o estímulo ao consumo de alimentos não saudáveis desde a infância e seu impacto para a conformação da epidemia de obesidade e sobrepeso infantis, que já atinge aproximadamente 15% e 30% da população brasileira, respectivamente (IBGE, 2008-2009²).

Serão abordadas as normas federais brasileiras de proteção dos direitos das crianças e dos consumidores sob o aspecto das práticas comerciais abusivas, como também a discussão em torno do tema, envolvendo recentes iniciativas legislativas estaduais e municipais no Brasil que indicam a necessidade de regulamentação mais específica da venda de alimentos acompanhados de itens atrativos para as crianças.

O objetivo principal é fomentar o debate público, especialmente para fornecer subsídios para que os órgãos competentes promovam a efetiva fiscalização da conduta dos fornecedores, a fim de que as empresas adequem suas condutas em respeito ao seu público-alvo e ao mercado de consumo.

2. Lanches com brinquedos: influência sobre o público infantil

Hábitos alimentares se formam na infância e, cientes disso, as empresas buscam fidelizar desde muito cedo as crianças às marcas, pensando nelas como consumidoras não só no presente como também no futuro, quando adultos virem a ser.

Nesse sentido diversas redes de *fast food* oferecem diretamente às crianças brinquedos ou outros produtos atrativos acompanhados de um determinado conjunto de alimentos³, que caracterizam um “combo” promocional infantil⁴. A “surpresa” é anunciada nos pontos de venda e também nos meios de

comunicação – publicidade em televisão, rádios, banners, páginas de internet etc. – e, em razão do interesse que desperta, passa a ser não um elemento acessório ao alimento, mas a razão principal da sua compra.

Os itens que acompanham os lanches caracterizam-se por serem exclusivos (ou seja, não podem ser adquiridos em outros lugares), efêmeros (ao fim da promoção de prazo determinado são substituídos por outra série de brinquedos) e quase sempre colecionáveis (são ofertados vários brinquedos associados a uma mesma temática, como um filme infantil, por exemplo, e o conjunto possui uma quantidade de brinquedos igual ou superior ao número de semanas em que a oferta vige).

A publicidade e o desenvolvimento de promoções com a distribuição de brinquedos associados a alimentos são fatores que interferem significativamente na conformação dos hábitos e valores, inclusive alimentares, das crianças, na medida em que transformam práticas de consumo necessárias – como, por exemplo, alimentar-se – em atitudes consumistas: alimentar-se em determinada rede de lanchonete para adquirir o brinde que completa a coleção. Quando adulto, o consumidor deixa de se interessar pelo brinquedo sem, no entanto, desinteressar-se pela marca que o fidelizou na infância, em cujas lojas encontrará um portfólio de produtos que atende a todas as faixas etárias.

Certo é que há variantes quanto aos alimentos que integram o combo das redes de lanchonetes, sua composição nutricional e tipo de brindes oferecidos. Mas em todos os casos o direcionamento do produto e de sua publicidade é feito à criança, por meio de um conjunto de estratégias que buscam atrair seu interesse e despertar seus desejos e vontades, como a associação com personagens pertencentes ao imaginário infantil, o uso de animações, *jingles*, cenários lúdicos e coloridos etc. Com isso, a ação interfere na sua esfera de liberdade, e na de seus pais. Frequentemente, o adulto, enquanto responsável por uma criança, é por ela pressionado a comprar o lanche para adquirir o brinquedo. E, enquanto consumidor, é induzido pelo fornecedor a acreditar que a oferta lhe é vantajosa, por ganhar “de graça” o presente.

Ademais, não são poucas as cadeias alimentícias que adotam essa prática, não sendo impossível imaginar uma criança que deseje completar todas as coleções disponíveis, em curto período de tempo – que sempre são seguidas por novas coleções, sucessiva e indefinidamente.

Pablo José Assolini (2008)⁵, estudioso do tema, em artigo sobre o *eatertainment*, ou seja, a associação de alimentos a entretenimento, aborda a influência dos brinquedos sobre o comportamento das crianças:

Se a publicidade por si só já influencia o público infantil, a possibilidade de proporcionar entretenimento à experiência de consumo é capaz de potencializá-la. A estratégia tem crescido muito, principalmente na indústria de alimentos. (...) Segundo Linn (2006, p. 133) nos últimos anos, a literatura de marketing centrou-se na necessidade de a comida ser 'divertida'. A indústria de alimentos refere-se ao fenômeno como 'eatertainment' (comertimento). (...)

Essa estratégia funciona especialmente com o público infantil, porque ele dá preferência às escolhas que resultam em ganhos imediatos. Um dos exemplos da prática é o fornecimento de 'brindes', frequentemente atrelado à compra de determinado produto. Para Kapferer (1987, p. 151) 'o brinde que vem dentro da embalagem é o preferido das crianças, por ser imediato e palpável, diferente de desconto sobre o preço do produto, vale brinde. (...) Em geral, elas preferem a certeza de um prêmio pequeno à incerteza de um prêmio grande'.

A ideia de proporcionar entretenimento no ato de consumir um produto alimentício torna-se ainda mais atraente quando envolve um personagem que faz parte do cotidiano das crianças, como um herói da televisão, por exemplo. Isso porque a criança, em nossa sociedade, tem a TV como uma mídia familiar. A pequena reprodução do herói no brinde permite que ela reveja seus personagens favoritos. Melhor que isso: ela ainda pode levá-lo para casa, para que possa fazer parte de suas brincadeiras (KAPFERER, 1987, p. 152). Para Linn (2006, p. 129-130) 'as corporações estão tentando estabelecer uma situação na qual as crianças fiquem expostas às suas marcas no maior número de lugares possível (...) no decorrer de suas atividades diárias'.

As referências que grande parte do público infantil tem sobre alimentação estão diretamente ligadas às que são apresentadas para ela na TV, na internet e em outros meios tecnológicos. E o que é posto em destaque pela propaganda não é o valor nutricional dos alimentos, mas a capacidade de entreter, de tornar o cotidiano da criança mais divertido. (grifos nossos)

No mesmo sentido, pesquisa publicada pela American Marketing Association⁶ avaliou se a presença de brinquedos colecionáveis, oferecidos por meio de publicidade, poderia influenciar a percepção de determinados alimentos por crianças em idade pré-escolar. Foram usados brinquedos colecionáveis e não colecionáveis, além da ausência deles, associados com alimentos denominados pelos pesquisadores como "saudáveis" (na pesquisa utilizou-se como parâmetro um combo composto por sopa, vegetais e leite) e "não saudáveis" (no experimento usou-se pizza pequena, fritas e refrigerante).

Segundo seus autores, pesquisas internacionais realizadas desde a década de 1970 revelam que a oferta de um prêmio em publicidades de alimentos,

como cereais matinais, influencia a escolha de determinadas marcas por crianças, o que é verificado em observações realizadas nos corredores de supermercados, que demonstram que seus pedidos são baseados em publicidades televisivas direcionadas a elas. A oferta de prêmios, inclusive, prevalece nas publicidades focadas nas crianças.

No caso de prêmios colecionáveis, a partir do momento em que a criança adquire o primeiro brinquedo da série ela passa a desejar completar a coleção, o que a faz “amolar” para obter os itens remanescentes. Ou seja, a motivação causada pelos brinquedos colecionáveis é extremamente forte.

Os resultados da pesquisa demonstraram que sem a oferta de qualquer prêmio as crianças sempre preferem os alimentos conhecidos como *fast food*. Mas os prêmios podem influenciar o desejo por qualquer tipo de produto, o que demonstra que eles são mais importantes do que o alimento em si. As crianças desejam o brinquedo e, para isso, demandam o alimento que o fornece. Com isso, habitua-se ao consumo de produtos alimentícios com altos teores de sódio, gordura e açúcar, que são tradicionalmente oferecidos com objetos atrativos, o que molda seu paladar desde muito cedo.

Nesse cenário, a única hipótese em que as crianças demonstraram preferências pelos alimentos nutricionalmente mais adequados em detrimento das guloseimas e *fast food* é no caso de aqueles serem ofertados com brinquedos colecionáveis e estes sem qualquer tipo de brinquedo. Nas demais hipóteses, as crianças sempre preferiram os alimentos do segundo grupo.

Nos termos da pesquisa, brinquedos não colecionáveis também exercem influência sobre as crianças, mas ela é menor se comparada com os colecionáveis. A pesquisa adotou coleções desconhecidas pelas crianças, mas entendeu que o potencial de influência de brinquedos colecionáveis relacionados a personagens familiares ao público infantil seria maior.

Como conclusão, o estudo recomendou que a oferta de brinquedos com alimentos com altos teores de açúcar, gorduras e sódio fosse analisada sob a perspectiva da saúde pública. Esse tipo de oferta incentiva hábitos alimentares não saudáveis, onera os pais, permite que crianças sejam excluídas do grupo quando não possuem os brinquedos e desenvolve valores materialistas, fatores que influenciam os indivíduos por toda a vida, desde muito cedo. Nesse sentido, a criança se acostuma a adotar o consumo pouco consciente e sustentável, pois desejará os combos pelo simples prazer imediato de ter um brinquedo em sua mão e poder colecioná-lo. A criança não se dá conta do que está comendo e do que será feito deste brinde no futuro, e da mesma forma tenderá a agir em sua adolescência e fase adulta.

Não é possível desassociar o estímulo ao consumo habitual e excessivo de produtos alimentícios industrializados e ultraprocessados com baixa qualidade nutricional, altos teores de sódio, açúcar e gorduras, que gera uma rápida mudança de comportamentos alimentares da população como um todo, ao processo de transição nutricional verificado em diversos países do mundo, inclusive o Brasil, caracterizado pela redução da prevalência de déficits nutricionais e aumento expressivo de sobrepeso e obesidade e de doenças crônicas a ela associadas (diabetes, hipertensão, problemas renais), desde a infância⁷.

No Brasil, sobrepeso e obesidade são encontrados com grande frequência, a partir de 5 anos de idade, em todos os grupos de renda e em todas as regiões do país. Houve um salto de crianças de 5 a 9 anos com excesso de peso ao longo de 34 anos: em 2008-09, 34,8% dos meninos estavam com o peso acima da faixa considerada saudável pela OMS. Em 1989, este índice era de 15%, contra 10,9% em 1974-75. Observou-se padrão semelhante nas meninas, que de 8,6% na década de 1970 foram para 11,9% no final dos anos 1980 e chegaram aos 32% em 2008-09 (IBGE, POF 2008-2009).

Hábitos
alimentares se
formam
na infância

Além do aumento do consumo de produtos ultraprocessados, ricos em açúcares simples e gordura, a presença de televisão e computador nas residências também é apontada como causa das mudanças dos hábitos alimentares⁸, seja pelo estímulo ao sedentarismo como pelo excesso de ofertas publicitárias de *fast food* e guloseimas que veiculam.

Pesquisas realizadas por canais de televisão especializados em programação infantil mostram que comidas, lanches e doces são os produtos que as crianças pedem e conseguem de forma mais fácil⁹, pois exercem alta influência na hora das compras, elegendo inclusive suas marcas¹⁰. Além disso, crianças influenciam 92% das compras de alimentos, tendo como fatores determinantes, em ordem de colocação: publicidade na TV, personagem famoso e embalagem¹¹. Assim, o mercado alimentício, sabedor da influência das crianças na hora das compras das famílias, promove uma avalanche de comunicações mercadológicas dirigidas às crianças para vender seus produtos, seja visando a atingi-las ou a seus familiares adultos.

Estudo feito com embalagens de alimentos identificou, entre crianças de 4 a 7 anos que provaram seis pares de alimentos iguais, apenas em embalagens diferentes, que a escolha e a manifestação de preferência foram influenciadas

pela presença da marca e, principalmente, dos personagens infantis nas embalagens¹². Em alguns casos, “os participantes relataram diferenças específicas nas características, por exemplo, a crocância e a doçura dos alimentos que possuíam os personagens associados”¹³.

Pesquisa do Datafolha realizada em maio de 2011¹⁴ com pais a respeito do impacto dos comerciais de *fast food* e de alimentos não saudáveis para crianças revela que 79% deles entendem que os comerciais prejudicam os hábitos alimentares de seus filhos; para 78% dos pais os comerciais levam seus filhos a pedir para comprarem os alimentos anunciados; e 76% dos pais verificaram que os comerciais dificultam seus esforços para educar seus filhos a comer de forma mais saudável.

Diante dos dados expostos, a respeito do impacto das estratégias de associação de venda lanches com brinquedos sob os hábitos e valores das crianças, busca-se no presente artigo caracterizar a prática como abusiva e, portanto, ilegal, sob dois aspectos: (i) venda casada; (ii) direcionamento de publicidade à criança e de publicidade que pode ser prejudicial à saúde dos consumidores.

3. Lanches com brinquedos: venda casada

Para as crianças, o estímulo do brinquedo é inegável e enorme. A possibilidade de ter mais um objeto colecionável, ou de ter simplesmente um brinquedo, relacionado às personagens que admira, estimula seu desejo de ir até a lanchonete, desde muito cedo. Para satisfazê-lo, é necessário primeiro adquirir o alimento que dará direito ao suposto prêmio. Considerando-se que a aquisição de brinquedos é condicionada à compra de alimentos, sendo aqueles o principal atrativo para a criança, constata-se a prática de venda casada, considerada ilegal por diferentes dispositivos normativos.

Além da venda casada, verifica-se também outra forma de violação dos direitos dos consumidores, consubstanciada na falta de informação do consumidor a respeito das características do produto ou dos riscos que pode causar à sua saúde. Via de regra, nenhuma lanchonete informa adequadamente ao consumidor a possibilidade de venda separada do brinquedo. E, quando o faz, o convencimento do consumidor a adquirir o combo promocional se dá pela composição dos preços dos itens que dele fazem parte. Quase sempre é mais vantajoso adquirir alimentos e brinquedos conjuntamente, em razão de um suposto “desconto” apresentado.

Há cadeias de lanchonetes que afirmam que vendem seus brinquedos separadamente¹⁵. No entanto, qualquer informação nesse sentido deve ser vista com cautela para que se confirme se é efetivamente respeitada por todos os estabelecimentos integrantes da rede, sejam lojas próprias ou franqueadas. Certo é que o consumidor não compra os alimentos de uma loja, enquanto espaço físico, mas sim da marca, que deve ser responsabilizada por quaisquer das violações apontadas.

Na venda de lanches com brinquedos, portanto, duas situações são verificadas: (i) a lanchonete vende um combo, em geral, mas não sempre, composto por lanche ou refeição, acompanhamento e bebida, reconhecidamente destinado ao público infantil, cujo valor inclui invariavelmente um brinquedo ou outro objeto atraente, que não pode ser adquirido separadamente pelo consumidor; (ii) a lanchonete oferece duas opções: o combo completo com brinquedo; ou a aquisição do brinquedo separadamente, independentemente da compra do lanche.

Essa última situação divide-se em duas, no tocante à informação prestada ao consumidor: (a) o consumidor não é informado de forma efetiva da possibilidade de compra separada e acaba comprando o lanche com o brinquedo; (b) o consumidor é efetivamente informado de que o combo pode ser adquirido sem o brinquedo e que o brinquedo pode ser adquirido independentemente da compra do lanche.

Essa segunda hipótese pode ter como variável a composição dos preços das opções: (b.1) o preço do combo com o brinquedo é igual à soma do preço dos alimentos que o integram sem o brinquedo; (b.2) o preço do combo com o brinquedo é inferior ao total do preço dos alimentos que o integram somado ao preço do brinquedo, diferença que interfere no convencimento do consumidor e, que, na prática, iguala essa estratégia à prática ilegal de venda casada.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC – Lei 8.078/90), em seu art. 39, I, define a venda casada como prática abusiva vedada ao fornecedor, caracterizada por “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos”. O Decreto 2.181/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas no CDC e define a venda casada como prática infrativa, reproduzindo o texto do CDC. A Lei 12.529/11, que trata de questões concorrenciais, estabelece que a venda casada é infração da ordem econômica, nos termos do art. 36, § 3º, XVIII¹⁶.

Os dispositivos elencados proíbem que o fornecedor, em razão de sua superioridade técnica ou econômica, determine condições desfavoráveis ao consumidor no momento da compra. Protege-se também o direito de livre escolha do consumidor ao adquirir um produto, para que não seja induzido a adquirir outro.

A ilegalidade também é verificada na situação em que se busca adquirir o combo, mas não o brinquedo, cujo preço é embutido no total pago, e que é muitas vezes imposto ao consumidor, independentemente de sua vontade.

Nas situações em que a política institucional da rede eventualmente autorize a venda avulsa do brinquedo, esbarra-se, via de regra, na falta de efetiva informação do consumidor, em desrespeito ao art. 6º, III, do CDC, que trata do direito básico à informação, e pode configurar publicidade enganosa, prática ilegal vedada pelo art. 37, § 1º, do CDC, e pelo art. 14, *caput* e § 1º, do Decreto 2.181/97, por indução em erro do consumidor quanto às reais características da oferta.

Tradicionalmente, não se praticava a comercialização separada do brinde, sendo recente a sua introdução no mercado, não sendo informação ampla e efetivamente divulgada, sobretudo em comparação com a divulgação dos combos e dos brinquedos, e, portanto, desconhecida pela maioria dos consumidores. Assim, pode também haver a configuração de violação ao art. 39, IV, do CDC, e art. 12, V, do Decreto 2.181/97, tendo em vista que o fornecedor abusa da ignorância do consumidor, em razão de seu conhecimento (e em alguns casos idade ou condição social), para impingir-lhe seus produtos.

4. Lanches com brinquedos: comunicação mercadológica abusiva e ilegal dirigida ao público infantil

Ao associar diversão, entretenimento, bens materiais como brinquedos e inserção social à ingestão de alimentos na sua grande maioria com altos teores de sódio, gordura e açúcares, as redes de lanchonetes criam uma lógica que incentiva a internalização de valores materialistas e consumistas, e a adoção de hábitos alimentares prejudiciais à saúde, em patente desrespeito a normas fundamentais de proteção dos direitos das crianças e dos consumidores.

O sucesso das vendas dos combos infantis depende, em grande parte, não apenas da oferta dos brinquedos, mas das estratégias de comunicação mercadológica desenvolvidas pelas empresas para anunciá-los para as crianças, seja, por exemplo, mediante o uso de cartazes e mostruários que

dão visibilidade aos brinquedos nos pontos de venda, ou pela veiculação de publicidades em televisão, rádio, mídias externas, a divulgação dos produtos na internet, a associação do lançamento das novas surpresas com filmes e animações do universo infantil. Essa prática recorrente das empresas para sedução das crianças é definida pela lei como abusiva por aproveitar-se da sua ingenuidade para impingir-lhes produtos e serviços.

No Brasil, pela interpretação lógica e sistemática da Constituição Federal de 1988, da Convenção das Nações Unidas sobre as Crianças (Decreto 99.710/90), do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90) e também do Código de Defesa do Consumidor, as estratégias de comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil são ilegais, ainda que na prática sejam frequentes¹⁷.

As crianças – pessoas de até 12 anos de idade, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – estão em peculiar fase de desenvolvimento biopsicológico e, por isso, são titulares de uma proteção integral e prioritária de responsabilidade coletiva e compartilhada por Estado, família e sociedade (art. 227 da Constituição Federal de 1988, e art. 4º, ECA). Dentro do conceito de sociedade incluem-se as empresas privadas, que têm o mesmo dever de promover a proteção integral das crianças e de se absterem de realizar ações que venham a ofender este princípio.

Em que pese a responsabilidade dos pais na determinação e ciência do tempo a que a criança está exposta às diversas formas de comunicação mercadológica, seja em casa, na escola, demais espaços públicos, e também na escolha dos produtos que serão consumidos pelos pequenos, a tutela da infância é encargo compartilhado por todos: pais, comunidade, sociedade e Estado, em uma verdadeira rede de proteção¹⁸.

Atendendo ao princípio do melhor interesse da criança^{19 20}, a proteção prioritária e absoluta significa que além de todos os direitos fundamentais garantidos aos adultos, as crianças possuem direitos especiais decorrentes do fato de não terem, sozinhas, condições de se defender frente a omissões e violações que lhes atinjam diretamente²¹. Além de terem assegurados os direitos 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, também são protegidas de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Como os valores da criança também são protegidos, entende-se que a doutrina do melhor interesse da criança busca, ainda, uma infância saudável e feliz, livre de pressões e imperativos comerciais.

Do ponto de vista da psicologia²², o ser humano leva aproximadamente 12 anos para construir, paulatinamente, sua autonomia, ou seja, para que adquira um repertório cognitivo que o liberte da referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade. Uma dessas fortes fontes de prestígio, ao lado de pais e professores, é a mídia e, dentro dela, a publicidade, que sem dúvida exerce forte influência sobre as crianças, que julgam seu conteúdo de forma positiva, sem senso crítico formado a respeito dos valores e necessidades que transmite.

Não restam dúvidas de que a criança, quando alvo de anúncios publicitários, é mais influenciável pelos apelos do mercado. Sua liberdade de escolha diminui com o tempo, pois os estímulos de imposição, persuasão e influência externos substituem seus desejos e manifestações autênticas e espontâneas²³.

O direcionamento de estratégias de comunicação mercadológica às crianças tem retorno garantido – pesquisas mostram que bastam 30 segundos para uma marca influenciar uma criança²⁴, e, a partir disso, ela passa a atuar como promotora de vendas das marcas dentro de suas casas, perante seus pais, familiares e responsáveis pelo seu cuidado^{25 26}. Assim, a publicidade comercial dirigida ao público infantil contribui para alterar em certa medida as relações familiares, a partir do momento em que estimula as crianças a pressionar os pais, que passam a ser submissos aos desejos dos filhos e igualmente vítimas do marketing abusivo.

É extremamente difícil para muitos pais oferecer alimentos saudáveis a seus filhos e competirem com as estratégias do mercado, que promovem alimentos altamente palatáveis e pouco saudáveis. Assim, é preciso que a criança seja preservada da massiva influência publicitária em sua infância para que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha.

Em virtude das peculiaridades da criança, facilmente convencida pela mensagem publicitária, o mercado a quer como público-alvo, muito embora não seja capaz de praticar – inclusive por força legal – os atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda²⁷. Pela impossibilidade de se autodeterminar perante terceiro, são conferidas a elas mais proteções legais, exatamente para preservar esta fragilidade temporária.

Nesse sentido, a natural credulidade característica da fase de desenvolvimento em que se encontram as crianças motivou o legislador a atribuir-lhes, nas relações de consumo, não a vulnerabilidade que caracteriza todos os consumidores, nos termos do art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), mas também a presunção de hipossuficiência^{28 29}.

Um dos princípios fundamentais que rege a publicidade no país é o “princípio da identificação da mensagem publicitária”, por meio do qual “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal” (art. 36, CDC).

Segundo o sociólogo sueco Erling Bjurström³⁰, que compilou diversos estudos internacionais sobre o tema, para a maior parte das crianças a distinção de anúncios e dos programas televisivos em que eles estão inseridos só acontece entre 6 e 8 anos de idade, e aos 10 anos é que todas as crianças são capazes de diferenciá-los. Além disso, só a partir dos 12 anos é que todas as crianças passam a ter condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas e seu caráter persuasivo. Daí tem-se que as crianças não conseguem identificar a publicidade como tal e, portanto, qualquer publicidade que lhes seja dirigida, em qualquer suporte de mídia, viola o princípio da identificação da mensagem publicitária, e também a hipervulnerabilidade e hipossuficiência da criança.

Lanches e doces são os produtos que as crianças pedem e conseguem de forma mais fácil

Diante da vulnerabilidade exacerbada da criança, o CDC, em seu art. 37, § 2º, adotou uma atenção especial com relação à publicidade “que abusa da deficiência de julgamento e experiência da criança”, considerando-a abusiva e, portanto, ilegal por ofender a ordem pública e o valor da proteção integral da criança, fundamental em nossa sociedade. Além, disso, em seu art. 39, IV, proíbe, como prática abusiva, ao fornecedor valer-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Outro ponto que merece destaque ao se falar na venda de lanches considerados pouco saudáveis, em caso de consumo habitual e excessivo, com brinquedos é o cometimento de outro tipo de abusividade publicitária, aquela que induz o consumidor “a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde” (art. 37, § 2º), o que se comprova diante dos dados expostos a respeito do aumento das taxas de sobrepeso e de doenças crônicas associadas, resultantes das mudanças dos hábitos alimentares da população.

A consequência da exposição das crianças a conteúdos mercadológicos abusivos, que se aproveitam da fase de desenvolvimento em que se encontram, é a intensificação de fatores prejudiciais ao seu desenvolvimento, como transtornos alimentares e obesidade infantil, materialismo, consumismo, transtornos de comportamento, estresse familiar, dentre outros.

5. Atuação do poder público em face de práticas comerciais abusivas que violem os direitos da criança

As empresas que vendem e anunciam seus lanches com brinquedos, com foco na criança e em detrimento da saúde da população, violam todos os dispositivos legais já apontados e, assim, devem ter suas condutas fiscalizadas, investigadas e punidas pelos órgãos competentes do poder público, como forma de proteção da criança, em seus aspectos físico, psíquico e moral.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 56, estabelece as sanções administrativas para as infrações às normas de defesa do consumidor, sendo multa e contrapropaganda medidas aplicáveis pela autoridade administrativa, no âmbito de sua atribuição, aos fornecedores que cometem as violações apontadas. A pena de multa é graduada de acordo com a gravidade da infração, a extensão do dano causado aos consumidores, a vantagem auferida e a condição econômica do fornecedor (art. 57, CDC c/c art. 24, Decreto 2.181/97), enquanto a contrapropaganda deve ser divulgada pelo responsável da mesma forma, frequência e dimensão e, preferencialmente, no mesmo veículo, local, espaço e horário, de modo capaz de desfazer o malefício da publicidade enganosa ou abusiva (art. 60, CDC).

O Decreto 2.181/97 também detalha penalidades administrativas aplicáveis em razão de violação a normas de defesa do consumidor, e determina que para imposição da multa e gradação da pena consideram-se como agravantes “trazer a prática infrativa consequências danosas à saúde ou à segurança do consumidor” (art. 26, III); “ocasionar a prática infrativa dano coletivo ou ter caráter repetitivo” (art. 26, VI); “ter a prática infrativa ocorrido em detrimento de menor de dezoito ou maior de sessenta anos (...)” (art. 26, VII); “dissimular-se a natureza ilícita do ato ou atividade” (art. 26, VIII), “ser a conduta infrativa praticada aproveitando-se o infrator de grave crise econômica ou da condição cultural, social ou econômica da vítima, ou, ainda, por ocasião de calamidade” (art. 26, IX).

A Lei 12.529/11 estabelece que, nos casos de infração à ordem econômica³¹, é aplicável a pena de multa, nunca inferior à vantagem auferida, calculada sobre o faturamento bruto da empresa (art. 37, I), além da possibilidade de publicação em jornal de extrato da decisão condenatória (art. 38, I) e a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor (art. 38, III).

O Decreto 2.181/97 estipula, por sua vez, que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor é composto pela Secretaria Nacional do Consumidor

do Ministério da Justiça e demais órgãos e entidades civis de defesa do consumidor. Integram o SNDC, por exemplo, a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Procons.

O decreto também estabelece que, no âmbito de sua jurisdição e competência, caberá ao órgão federal, estadual e municipal de proteção e defesa do consumidor fiscalizar as relações de consumo (art. 4º, III); e a qualquer entidade ou órgão da administração pública, federal, estadual e municipal, destinado à defesa dos interesses e direitos do consumidor, atribuição para apurar e punir infrações à legislação das relações de consumo (art. 5º). Os consumidores podem enviar sua denúncia a qualquer dos órgãos oficiais de proteção e defesa do consumidor (art. 34). Por sua vez, as entidades civis de proteção e defesa do consumidor, legalmente constituídas, poderão encaminhar denúncias aos órgãos públicos de proteção e defesa do consumidor, para as providências legais cabíveis (art. 8º, I).

Desta forma, diante da previsão expressa no CDC – norma federal – da abusividade da prática de venda casada e do direcionamento de publicidade às crianças, e das atribuições legais dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, conclui-se que cabe a todos eles a fiscalização das ilegalidades praticadas pelas empresas e a consequente aplicação das penalidades cabíveis, respeitando-se os limites de suas competências, previstas nas normas que os criam.

Como exemplo de atuação administrativa, destacam-se as multas aplicadas entre os anos de 2012 e 2013 pela Fundação Procon de São Paulo em face das empresas Arcos Dourados Comércio de Alimentos (McDonald's)³² e Alsaraiva Comércio e Empreendimentos Imobiliários (Habib's)³³ no montante de R\$ 3.192.300,00 e R\$ 2.408.240,00, respectivamente.

No entanto, a prática demonstra certa fragilidade dos órgãos de proteção e defesa do consumidor, na medida em que as empresas deixam de pagar as sanções aplicadas³⁴, inclusive questionando-as perante o Poder Judiciário.

Em virtude da relevância dos direitos dos consumidores e da necessidade de fortalecimento de seu sistema protetivo, no dia 15 de março de 2013 foi sancionado o Decreto 7.963/13, que “institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo”, para promoção da proteção e defesa do consumidor em todo o território nacional, por meio da integração e articulação de políticas, programas e ações, sendo tal plano executado pela União com a colaboração dos demais entes federados e da sociedade.

Dentre suas diretrizes está a prevenção e repressão de condutas que violem direitos do consumidor; e dentre seus objetivos busca-se assegurar o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor e promover a transparência e harmonia das relações de consumo.

São estabelecidos três eixos de atuação do plano: I – prevenção e redução de conflitos; II – regulação e fiscalização; e III – fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

O eixo II prevê, dentre outras políticas e ações, a ampliação e o aperfeiçoamento dos processos fiscalizatórios quanto à efetivação de direitos do consumidor e a garantia da efetividade da execução das multas. O eixo III, por sua vez, pressupõe a promoção da participação social junto ao Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e o fortalecimento da atuação dos Procons na proteção dos direitos dos consumidores.

O decreto estabelece ainda que para execução do Plano Nacional de Consumo e Cidadania poderão ser firmados convênios, acordos de cooperação, ajustes ou instrumentos congêneres, com órgãos e entidades da administração pública federal, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, com consórcios públicos, bem como com entidades privadas, na forma da legislação pertinente.

Diante da inegável relevância das normas de proteção e defesa do consumidor, recentemente fortalecidas por meio do Plandec, que prescreve efetiva fiscalização por parte do poder público, participação social junto ao SNDC, fortalecimento dos Procons, atuação conjunta de entes públicos e privados para a efetiva execução das normas de proteção e defesa do consumidor, espera-se que a prática da venda casada de lanches com brinquedos, por si, ou em virtude de sua publicidade abusiva dirigida à criança e em prejuízo da saúde da população, seja alvo da eficaz atuação do poder público, de forma conjunta e integrada.

Além das infrações administrativas, há ainda a previsão de infrações penais, em relação à falta de informação e publicidade enganosa e abusiva, previstas nos artigos 66 a 68 do CDC³⁵.

Plenamente cabível ainda a defesa dos interesses coletivos *lato sensu* dos consumidores, nos termos dos arts. 81 e seguintes do CDC. A ofensa aos direitos das crianças, inclusive de sua saúde, por meio de veiculação de publicidade enganosa e abusiva e da prática de venda casada, enquadra-se nas hipóteses de violação a direitos difusos, lesiva a toda a sociedade.

Como exemplo de atuação nesse sentido menciona-se a ação civil pública ajuizada em 16 de junho de 2009 pelo Ministério Público Federal

por meio da qual, fundamentado na necessidade de proteção da criança enquanto pessoa em desenvolvimento, inclusive pelo setor empresarial, e nos riscos à sua saúde da oferta de alimentos não saudáveis associados a brinquedos, requereu “a condenação das rés na obrigação de não fazer consistente no encerramento das promoções McLanche Feliz; Lanche Bkids e Trikids, e da venda promocional de brinquedos ou objetos de apelo infantil em seus estabelecimentos, conjuntamente ou não com a venda de lanches, sob pena de multa ou outra das medidas indicadas pelo parágrafo 5º do artigo 461 do CPC”^{36, 37}.

Outro exemplo importante, no Poder Judiciário, que envolve a configuração de venda casada de alimento com brinquedo (no caso biscoitos e relógios colecionáveis estampados com a personagem Shrek), ainda que não associada a lanchonetes, é a decisão proferida, em 8 de maio de 2013, pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, ao reformar a sentença proferida em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual, entendeu que a corriqueira prática de associação de alimentos com brindes deve ser considerada abusiva e anormal, pois faz com que crianças importunem seus responsáveis a adquirir produtos, de forma vexatória, tendo condenado a empresa Pandurata Alimentos Ltda. a

Não restam dúvidas de que a criança, quando alvo de anúncios publicitários, é mais influenciável pelos apelos do mercado

*não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de um bem ou serviço à compra de algum de seus produtos e não mais promover campanha de publicidade para as crianças, sem estrita observância das regras próprias, com a fixação da pena de multa no valor de R\$ 50.000,00 (...) caso haja descumprimento do preceito novamente*³⁸.

A iniciativa do *Parquet* em ambos os casos revela a preocupação com a proteção dos direitos das crianças e dos consumidores, que devem se sobrepor, em virtude de expressa previsão constitucional (art. 227 e art. 170, V), aos interesses comerciais das empresas. Nessa seara cumpre esclarecer que a atuação dos órgãos competentes busca coibir condutas abusivas cometidas pelos fornecedores, equilibrando os direitos das empresas com os direitos de crianças e consumidores, e não impedir ou vedar a sua livre iniciativa empresarial. Em outras palavras, não se espera que as lanchonetes deixem de vender seus lanches, mas sim que, em busca de aumento de lucros, parem de abusar da peculiar fase de desenvolvimento da criança,

oferecendo-lhe brinquedos para convencê-la a querer alimentos palatáveis, saborosos e pouco saudáveis, e, assim, garantindo sua fidelidade à marca e sua ação como promotora de vendas.

6. Lanches com brinquedos: necessidade de regulamentação específica

Muito embora haja normas que já protejam as crianças contra os abusos do mercado, na prática falta muito a ser feito para que seus direitos sejam realmente preservados, sobretudo no aspecto da oferta de alimentos que, se consumidos em excesso, podem trazer consequências danosas à saúde da população, desde a infância.

Para tentar combater o crescimento da epidemia de obesidade, que já gera para o governo brasileiro gastos da ordem de 488 milhões de reais³⁹, órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), a Organização Mundial da Saúde (OMS) e a Organização Panamericana de Saúde (OPAS) há muito discutem o tema da prevenção e controle da obesidade e das doenças crônicas não transmissíveis, tendo apresentado recomendações aos governos para que desenvolvam políticas públicas e instrumentos legais, inclusive com o envolvimento de outros atores, para reduzir o impacto do marketing de alimentos e bebidas com baixo teor nutricional nas crianças^{40,41,42}.

Entre os órgãos de proteção e defesa dos consumidores, a *Consumers International* publicou em 2011 manual de monitoramento da publicidade de alimentos *junk food* para crianças, como forma de auxiliar governos e organizações da sociedade civil na formulação de políticas públicas a esse respeito, ou de verificar se as políticas atualmente existentes estão sendo cumpridas⁴³.

Países como Chile⁴⁴ e Peru⁴⁵ recentemente aprovaram leis que regulam as estratégias de comunicação mercadológica de alimentos não saudáveis, e, entre outros dispositivos, proíbem a oferta de brinquedos, prêmios ou outros benefícios que incentivem o seu consumo.

No Brasil, algumas políticas públicas já recomendam a necessidade de regulação específica da publicidade de alimentos, sobretudo dirigida às crianças. Nesse sentido, a Resolução 408/08 do Conselho Nacional de Saúde⁴⁶, o “Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas não Transmissíveis” (2011-2022)⁴⁷, o “Plano Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional” (2011), elaborado pela Câmara Interministerial

de Segurança Alimentar e Nutricional (CAISAN)⁴⁸, a “Carta Política” e o “Documento Final” da 4ª Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2011)⁴⁹, a “Política Nacional de Alimentação e Nutrição do Ministério da Saúde” (2012)⁵⁰ apontam diretrizes para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis. Os documentos, em conjunto, reconhecem a necessidade de regulamentação da publicidade de alimentos e bebidas com excesso de sódio, gorduras e açúcares, direcionada em especial ao público infantil, para coibir práticas abusivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada, o que depende do estabelecimento de critérios que permitam a informação correta à população, inclusive a proibição da oferta de brinquedos que possam induzir o consumo.

7. Lanches e brinquedos: experiências estaduais e municipais

Recentemente, em razão de todo o debate que envolve o excesso de oferta, inclusive por meio de publicidade, de alimentos hipercalóricos e pouco nutritivos, que acarreta o crescimento do número de crianças com sobrepeso e obesidade e, em consequência, acometidas de doenças antes típicas apenas de idosos, surgiram diversas iniciativas federais, municipais e estaduais que visam a trazer regras mais específicas sobre a relação entre estratégias de venda e de comunicação mercadológica de alimentos para crianças.

Especificamente sobre a venda casada de lanches com brinquedos, no âmbito federal, citam-se os seguintes projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados: PL 4.815/09 (veda a comercialização de brinquedos acompanhados de lanches / promoção de rede de “fast food” que vende brinquedo junto com o lanche); PL 4.888/09 (dispõe sobre a proibição de venda casada de produtos alimentícios destinados ao público infanto-juvenil em todo território nacional); PL 4.935/09 (dispõe sobre a proibição da entrega de bonificação, brinde, brinquedo ou prêmio condicionado à aquisição de alimentos e bebidas / proíbe a venda casada de brinquedos associados à aquisição de alimentos e bebidas, inclusive em lanchonetes de “fast food” / altera a Lei 8.078, de 1990); PL 1.146/11 (proíbe a venda casada de produtos alimentícios com brinquedos); PL 1.745/11 (dispõe sobre a vedação na comercialização de alimentos e produtos em geral destinados ao

consumo e uso por crianças, a oferta de brinquedos, brinde ou prêmio a título de bonificação); PL 6.111/13 (altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que “dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências” / estabelece como prática abusiva oferecer brinde, brinquedo, bonificação ou prêmio associado à aquisição de alimentos e bebidas para o público infantil).

No âmbito estadual, destaca-se o Projeto de Lei 1.096/11 aprovado pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo, que previa a proibição da venda de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos de qualquer tipo naquele estado, com justificativa no abuso da ingenuidade da criança pelo setor empresarial, o uso do brinquedo como apelo para a decisão de consumo de alimentos e o aumento no número de crianças obesas. O PL foi vetado em fevereiro de 2013. Nas razões do veto, o governador concorda que

a oferta gratuita de brindes e brinquedos na comercialização de produtos alimentícios configura uma das facetas da propaganda comercial, que se caracteriza pelo uso de qualquer forma de comunicação ou ação comercial com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, um produto e seu consumo.

No entanto, segundo seu entendimento, não caberia à unidade federativa legislar sobre o tema da regulação da publicidade, que seria de competência privativa da União, segundo disposto no art. 22, XXIX. Desta forma, caberia ao CDC, norma federal, dispor sobre a publicidade comercial⁵¹.

No âmbito municipal, algumas iniciativas merecem destaque.

Belo Horizonte sancionou, em 12 de junho de 2012, a Lei Municipal 10.477/2012, que, embora não vede a comercialização de lanches com brinquedos⁵², obriga as empresas a vendê-los separadamente e exige que informem claramente aos consumidores essa obrigatoriedade:

Art. 1º – As empresas existentes no Município de Belo Horizonte que comercializam lanches acompanhados de brindes ou brinquedos de qualquer tipo manterão, em frente ao caixa ou local onde é realizada a venda, placas informativas, com letras bem visíveis para o público, contendo a informação de que, naquele estabelecimento, os brindes ou brinquedos podem ser vendidos separadamente dos lanches.

Art. 2º – A não observância do disposto no artigo anterior acarretará às empresas que comercializam lanches acompanhados de brindes ou brinquedos multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 3.000,00 (três mil reais), dobrando na reincidência.

Em Florianópolis foi sancionada a Lei Municipal 8.985/2012, em 22 de junho de 2012, que dispõe:

Art. 1º Fica vedada a comercialização de lanche acompanhado de brinde ou brinquedo de qualquer tipo.

Art. 2º Para efeitos desta Lei, lanche é todo alimento vendido como refeição rápida, comumente comercializado por grandes redes de alimentação.

Art. 3º Em caso de desobediência ao disposto no art. 1º desta Lei, o estabelecimento fica sujeito às penalidades previstas no art. 56 da Lei Federal n. 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor.

De forma similar, no dia 8 de janeiro de 2013 foi publicada no Diário Oficial do Município do Rio de Janeiro a Lei 5.528/12^{53,54}:

Art. 1º Fica proibida a venda de lanches que venham acompanhados de brindes e brinquedos em lanchonetes e outros estabelecimentos congêneres, localizados na Cidade do Rio de Janeiro.

Art. 2º Os estabelecimentos que não cumprirem esta Lei, estarão sujeitos à multa equivalente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Parágrafo único Em caso de haver reincidência por parte de algum estabelecimento, a multa será cobrada em dobro.

Art. 3º O Poder Executivo definirá, através de Decreto, o órgão competente para proceder à fiscalização e imposições de que tratam esta Lei, observada as peculiaridades de cada caso e a legislação vigente⁵⁵.

A lei originou-se do Projeto de Lei 948/2011, de 27 de abril de 2011, proposto pelo vereador Marcelo Piuí, que teve por justificativa o fato de a venda casada de produtos comercializados em lanchonetes e outros estabelecimentos similares ser proibida pelo CDC, além dos fatores relacionados à indução de hábitos alimentares não saudáveis e consequências para a saúde pública.

As normas do Rio de Janeiro e de Florianópolis não impedem a atividade comercial das lanchonetes, mas apenas reforçam a proibição da venda casada de alimentos com brinquedos, por se tratar de estratégia de marketing que atinge diretamente as crianças para motivá-las a querer frequentar com habitualidade os estabelecimentos, e, conseqüentemente, a consumir produtos que, em excesso, podem fazer mal à saúde. Busca-se, assim, garantir os direitos da criança e do consumidor e também o direito à saúde, todos assegurados pela Constituição Federal.

Para garantir os referidos direitos, essas leis determinam uma atuação negativa das lanchonetes, reforçando o art. 39, I, do Código de Defesa do Consumidor, que proíbe a prática de venda casada, em absoluta consonância com art. 55, também do CDC, que dispõe:

Art. 55. A União, os Estados e o Distrito Federal, em caráter concorrente e nas suas respectivas áreas de atuação administrativa, baixarão normas relativas à produção, industrialização, distribuição e consumo de produtos e serviços.

§ 1º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios fiscalizarão e controlarão a produção, industrialização, distribuição, a publicidade de produtos e serviços e o mercado de consumo, no interesse da preservação da vida, da saúde, da segurança, da informação e do bem-estar do consumidor, baixando as normas que se fizerem necessárias. (grifos nossos)

Entende-se, portanto, que os municípios que legislaram a respeito do tema atuaram na defesa dos consumidores, no âmbito de sua atribuição legal de proteção dos interesses locais. Sua inovação não está na introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto da venda casada, mas sim no seu detalhamento para configurar a venda de lanche com brinde ou brinquedo como um exemplo da prática mercadológica ilegal, agravada por ser direcionada a criança.

A venda casada, inclusive de alimentos com brinquedos, já era, e continua sendo, proibida pelos dispositivos de proteção do consumidor de âmbito federal, além de normas que regulam a ordem econômica e de defesa da concorrência, que definem a venda casada como prática ilegal, devendo esta, portanto, ser fiscalizada pelos órgãos de defesa do consumidor de diversos níveis de competência.

No entanto, devido a sua prática reiterada pelos estabelecimentos comerciais, órgãos do Poder Legislativo de estados e municípios vêm entendendo ser necessário reforçar a normativa federal no âmbito local, o que é válido e deve ser divulgado pois, além dos questionamentos jurídicos a respeito da competência dos entes federados, esse reforço legal amplia o debate público sobre temas relevantes à proteção da infância perante as relações de consumo e as consequências negativas ao seu desenvolvimento em todos os níveis.

8. Palavra final

A comercialização de alimentos com itens atrativos às crianças pelas redes de *fast food* é prática abusiva que deve ser repudiada: (i) por ser exemplo de estratégia de comunicação mercadológica dirigida diretamente à criança; (ii) por ser prática de venda casada, pois a “surpresa” exclusiva de determinada rede de lanchonetes é o real motivo de compra do produto ao qual está associada. Ainda que ofertado separadamente, a compra do brinquedo com o conjunto é mais vantajosa, por razões de composição de preços. Além disso, a falta de informação dos consumidores a respeito da possibilidade de

compra exclusiva do brinquedo, em algumas redes, impõe a venda casada ao consumidor.

Esse tipo de estratégia de mercado se aproveita das características inerentes à fase de desenvolvimento em que a criança se encontra para convencê-la a desejar um produto alimentício, em geral ultraprocessado, com altos teores de sódio, açúcares e gorduras, palatável e saboroso, com o objetivo de ganhar o brinquedo, normalmente colecionável e associado a personagens de seu imaginário.

A criança, para satisfazer o seu desejo, exercerá forte influência sobre os seus responsáveis, expondo-os, inclusive, a situações vexatórias. A consequência é a adoção desde cedo de valores e hábitos materialistas e consumistas, vinculados a um sistema de recompensa (compra de algo para ganhar um prêmio). Além disso, o estímulo ao consumo habitual e excessivo, desde muito cedo, de alimentos de baixa qualidade nutricional é apontado como uma das causas da epidemia de excesso de peso infantil, que acarreta doenças crônicas como hipertensão, diabetes, problemas renais e alguns tipos de câncer.

A corriqueira prática de associação de alimentos com brindes deve ser considerada abusiva e anormal

A legislação brasileira vigente proíbe tanto a publicidade dirigida à criança como a publicidade que pode levar o consumidor a se comportar de forma prejudicial à sua saúde. Também proíbe a venda casada. Cabe aos órgãos de proteção e defesa do consumidor atuar na fiscalização das condutas abusivas e na punição dos infratores, o que é feito, em certa medida. No entanto, na prática, muitas empresas insistem em desrespeitar os direitos de crianças e consumidores.

Frente a essas ofensas é que organizações internacionais e órgãos governamentais recomendam a elaboração de leis e de instrumentos de políticas públicas mais específicas para regular a publicidade de alimentos, sobretudo para crianças. Como consequência, os órgãos do poder legislativo dos três entes federativos brasileiros passaram a apresentar iniciativas legislativas que buscam a proibição da venda casada de lanches com brinquedos, de forma específica, ainda que já seja conduta genericamente proibida pela legislação, o que tem ampliado o debate sobre as competências legislativas dos entes federados acerca da comercialização, oferta e publicidade de produtos, e sobre a necessidade da efetivação do princípio da prioridade absoluta dos direitos da criança, inclusive contra os imperativos do consumo.

Notas

¹ Não será adotado nesse artigo o termo “brinde”, tendo em vista que os produtos que são ofertados junto com os lanches não são gratificações gratuitas e desinteressadas oferecidas aos consumidores. Isso porque os brinquedos são adquiridos de forma onerosa, ainda que seu valor esteja embutido no preço do produto. Ademais constituem a real razão de compra dos respectivos combos de produtos alimentícios, em virtude de planejadas estratégias de marketing pensadas para atrair a atenção do público infantil.

² Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1699&id_pagina=1>. Acesso em 7.10.2013.

³ Em geral, composto por um lanche ou refeição, acompanhamento e bebida.

⁴ Por exemplo, conforme levantamento feito pelo Instituto Alana na cidade do Rio de Janeiro entre março e maio de 2013: Trikids (Bob's), China Kids (China in Box), Gendai Kids (Gendai), Giralanche e Giraprato (Giraffa's), Kit Habib's (Habib's), McLanche Feliz (McDonald's). Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=225>>. Acesso em 7.10.2013.

⁵ O *Eatertainment*: alimentando as crianças na sociedade de consumo. In: *Comunicação mercadológica: uma visão multidisciplinar*, Daniel dos Santos Galindo (org.), São Paulo: Metodista, 2008. Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/Biblioteca2.aspx?v=1&art=72>>. Acesso em 7.10.2013.

⁶ McAlister, Anna R. and Cornwell, T. Bettina, Collectible Toys as Marketing Tools: Understanding Preschool Children's Responses to foods paired with premiums. *Journal of Public Policy and Marketing*, V. 31 (2), Fall 2012, 195-205, p. 195. Disponível em: <http://www.marketingpower.com/AboutAMA/Documents/JPPM_Forthcoming/collectible_toys_marketing_tools.pdf>. Acesso em 7.10.2013.

⁷ O tema da má-nutrição foi abordado pelo documentário “Muito Além do Peso”, dirigido por Estela Renner e lançado em 2012, que enfatiza a obesidade infantil e sua relação com a publicidade de produtos demasiadamente processados. Disponível em: <www.muitoalemdoeso.com.br>. Acesso em 7.10.2013.

⁸ Informação coletada em artigo da ABESO – Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica, Autoria: Cecília L. de Oliveira e Mauro Fisberg.

⁹ Cartoon Network. Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca2.aspx?v=6&pes=17>>. Acesso em: 7.10.2013.

¹⁰ Nickelodeon Business Solution Research. Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca2.aspx?v=6&pes=34>>. Acesso em 7.10.2013.

¹¹ Associação Dietética Norte Americana – Borzekowski / Robinson.

¹² Spaniol, Ana Maria, *Influência de Estratégias Persuasivas no Consumo Alimentar Infantil*, Monografia de conclusão de curso. Universidade de Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.informacao.andi.org.br/sites/default/files/tcc/-563ca566_1352ebce3c3_-7ff9.pdf>. Acesso em: 7.10.2013.

¹³ Disponível em: <<http://propaganut.wordpress.com/2013/10/03/influencia-das-marcas-e-da-publicidade-na-alimentacao-das-criancas/>>. Acesso em: 7.10.2013.

¹⁴ Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/Biblioteca2.aspx?v=6&pes=73>>. Acesso em 7.10.2013.

¹⁵ Nesse sentido, menciona-se o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) celebrado entre a empresa Burger King Corporation e o Ministério Público do Estado da Bahia em 20.8.2008, pelo qual a empresa se comprometeu a “oferecer, separadamente, o brinquedo ou surpresa do lanche promocional Bkids”, o que deveria ser informado em todo o material publicitário por meio de informação de que “o brinquedo ou surpresa poderá ser adquirido separadamente nas lanchonetes participantes”, sendo que “o preço do brinquedo ou surpresa poderá ser variável, aproximando-se do preço do lanche promocional Bkids”, e a venda de brinquedos ficou restrita a cinco unidades por indivíduo. Disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/acoes/Fast%20food/TAC_BK_MPBA.pdf>. Acesso em 7.10.2013.

O McDonalds também firmou um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o Ministério Público Federal, em 2006, para que os brinquedos que acompanham o McLanche Feliz fossem também vendidos separadamente. O objetivo do TAC era impedir a venda casada dos brinquedos com o lanche e permitir aos pais que completassem as coleções dos filhos, independentemente da compra de lanches ou não levar os brinquedos, caso não os desejassem. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_consumidor-e-ordem-economica/mpf-sp-move-acao-para-que-redes-de-fast-food-suspendam-venda-de-brinquedos>. Acesso em 7.10.2013.

¹⁶ § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no *caput* deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...) XVIII – *subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço*, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.” (grifos nossos)

¹⁷ Neste sentido, entende Vidal Serrano Jr.: “Assim, toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil parece inelutavelmente maculada de ilegalidade, quando menos por violação de tal ditame legal. (...) Posto o caráter persuasivo da publicidade, a depender do estágio de desenvolvimento da criança, a impossibilidade de captar eventuais conteúdos informativos, quer nos parecer que a publicidade comercial dirigida ao público infantil esteja, ainda uma vez, fadada ao juízo de ilegalidade. Com efeito, se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal.” In: *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*, Ives Gandra Martins, Francisco Rezek (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais: CEI – Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 845-6.

¹⁸ Além disso, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança é clara ao expor em seu artigo 3º: “1. *Todas as ações relativas às crianças*, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, *devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança*. 2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a

proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas” (grifos nossos).

¹⁹ Pereira, Tania da Silva, *O princípio do “melhor interesse da criança”*: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/novo/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf>. Acesso em: 24.3.2008.

²⁰ Pereira, Tânia da Silva. *Direito da criança e do adolescente* – Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 22.

²¹ Idem, p. 25.

²² Moretzohn Ricardo. *Audiência Pública n. 1.388/07*, em 30.8.2007, ‘Debate sobre publicidade infantil’.

²³ Levisky, David Léo. A mídia – interferências no aparelho psíquico. In: *Adolescência* – pelos caminhos da violência: a psicanálise na prática social. Ed. Casa do Psicólogo. São Paulo, SP, 1998, p. 146.

²⁴ Associação Dietética Norte-Americana – Borzekowski / Robinson.

²⁵ Em 2006, a indústria de *fast food* gastou aproximadamente 350 milhões de dólares para fazer a publicidade das promoções de brinquedos com lanches. Segundo dados do Rudd Center for Food Policy & Obesity, esse tipo de ação direcionada a crianças é efetiva, pois 15% dos pais declararam que seus filhos em idade pré-escolar pedem para ir ao McDonald’s todos os dias, enquanto 15% a 19% dos pais que foram a lojas do McDonald’s ou Burger King relataram que seus filhos quiseram os brinquedos oferecidos (Collectible Toys as Marketing Tools: Understanding Preschool Children’s Responses to foods paired with premiums. Anna R. McAlister and T. Bettina Cornwell. *Jornal of Public Policy and Marketing*, V. 31 (2), Fall 2012, 195-205, p. 195).

²⁶ No Brasil, a influência das crianças nas decisões de compras da família chega a 80% em relação a tudo o que é adquirido. Pesquisa InterScience, 2003 (total da amostra: 4013). Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/Biblioteca2.aspx?v=6&pes=14>>. Acesso em: 7.10.2013.

²⁷ Conforme o seguinte dispositivo do Código Civil Brasileiro: “Artigo. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; (...)”.

²⁸ Tavares, José de Faria. *Direito da Infância e da Juventude*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2001, p. 32.

²⁹ Benjamin, Antonio Herman de Vasconcelos e. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. São Paulo, Editora Forense, p. 299-300.

³⁰ Bjurström, Erling, ‘*Children and television advertising*’, Report 1994/95:8, Swedish Consumer Agency. Disponível em: <http://www.konsumentverket.se/documents/in_english/children_tv_ads_bjurstrom.pdf>.

³¹ Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I – a gravidade da infração; II – a boa-fé do infrator; III – a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV – a consumação ou não da infração; V – o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre

concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI – os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII – a situação econômica do infrator; e VIII – a reincidência.

³² A condenação foi objeto de ação anulatória ajuizada pela empresa, ainda pendente de julgamento. Ação Ordinária n. 0018234-17.2013.8.26.0053, 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, Autor: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (McDonald's); Réu: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=149>>. Acesso em 7.10.2013.

³³ Disponível em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=231>>. Acesso em 7.10.2013.

³⁴ Segundo reportagem do jornal *O Globo* de 7.9.2013 apenas 1,3% das multas aplicadas pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) em 2008 foi pago. Ou seja, de 120 sanções, no total de R\$ 72,4 milhões, só 7 foram pagas, o que corresponde a R\$ 987.894,29. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/apenas-13-das-multas-aplicadas-foi-pago-9873079#ixzz2g7SBUBqD>>. Acesso em 7.10.2013.

³⁵ Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, preço ou garantia de produtos ou serviços: Pena - Detenção de três meses a um ano e multa. § 1º Incurrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta. § 2º Se o crime é culposos; Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena - Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena – Detenção de seis meses a dois anos e multa.

³⁶ Ação Civil Pública n. 0013789-65.2009.4.03.6100, 15ª Vara Cível da Seção Judiciária Federal de São Paulo; Autor: Ministério Público Federal; Rés: Venbo Comércio de Alimentos Ltda. (Bob's), Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (Mc Donald's) e Burguer King do Brasil Assessoria a Restaurantes Ltda. (Burger King).

³⁷ A ação foi julgada improcedente em 6.9.2013, e está pendente de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público em outubro de 2013.

³⁸ Apelação n. 0342384-90.2009.8.26.0000, 7ª Câmara de Direito Privado, Relator Desembargador Ramon Mateo Júnior.

³⁹ Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/doencas-relacionadas-a-obesidade-custam-r-488-milhoes-por-ano-ao-sus,96cc1cc74338d310VgnVCM3000009acceb0aRCRD.html>>. Acesso em 7.10.2013.

⁴⁰ Resolução intitulada “Marketing de alimentos e bebidas não alcoólicas para crianças” (WHA63.14). Disponível em: <<http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s17735en/s17735en.pdf>>. Acesso em 7.10.2013.

⁴¹ “A framework for implementing the set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children”, Disponível em: <http://www.who.int/dietphysicalactivity/framework_marketing_food_to_children/en/>. Acesso em: 7.10.2013.

⁴² “Recomendações da Consulta de Especialistas da Organização Pan-Americana de Saúde sobre a Promoção e a Publicidade de Alimentos e Bebidas Não Alcoólicas para Crianças nas Américas”. Disponível em: <http://new.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=6570&Itemid=39404>. Acesso em 7.10.2013.

⁴³ Disponível em: <<http://www.consumersinternational.org/foodmanual>>. Acesso em: 7.10.2013.

⁴⁴ Lei n. 20.606 de 6.7.2012. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1041570&idVersion=2012-07-06>>. Acesso em 11.3.2013.

⁴⁵ Ley de promoción de la alimentación saludable para niños, niñas y adolescentes. Aprobada em 15.5.2013. Disponível em: <<http://peru21.pe/economia/ollanta-humala-promulga-ley-comida-chatarra-pese-criticas-2131331>>. Acesso em 7.10.2013.

⁴⁶ Disponível em: <http://www.crn3.org.br/atualidades/noticia_det.php?cod=213>. Acesso em: 7.10.2013.

⁴⁷ Plano plurianual válido até 2022, que aborda quatro doenças principais (doenças do aparelho circulatório, câncer, respiratórias crônicas e diabetes) e seus fatores de risco (tabagismo, consumo nocivo de álcool, inatividade física, alimentação inadequada e obesidade). Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_plano.pdf>. Acesso em 7.10.2013.

⁴⁸ Disponível em: <http://www.mds.gov.br/segurancaalimentar/arquivos/LIVRO_PLANO_NACIONAL_CAISAN_FINAL.pdf>. Acesso em 7.10.2013.

⁴⁹ Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/consea/conferencia/documentos/carta-politica-da-4a-conferencia-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional>>. Acesso em 7.10.2013.

⁵⁰ Disponível em: <<http://189.28.128.100/nutricao/docs/geral/pnan2011.pdf>>. Acesso em 7.10.2013.

⁵¹ Informações disponíveis em: <<http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=274>>. Acesso em 7.10.2013.

⁵² Houve a tentativa de proibir a prática no município, mas o PL 1.254/10, de autoria da vereadora Maria Lúcia Scarpelli (PcdoB), aprovado pela Câmara Municipal em 3 de junho de 2011 foi vetado pelo prefeito municipal. “À época, o prefeito alegou que o foro adequado para a discussão sobre o assunto seria o Conar (Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária) e que haveria, por exemplo, a possibilidade de o brinquedo ser ofertado com alimentos saudáveis, o que o projeto de lei não autorizaria, da forma como estava editado. Outro argumento usado pelo prefeito foi o de que leis não acompanhariam a evolução das técnicas e ferramentas de marketing.” Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/06/13/lei-obriga-lanchonetes-a-informarem-sobre-venda-de-brinquedos-sem-o-lanche-em-belo-horizonte.htm>>. Acesso em 7.10.2013.

⁵³ Disponível em <http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/contlei.nsf/7cb7d306c2b748cb0325796000610ad8/26a65c61a4b351fa03257a840079d7c9?OpenDocument>. Acesso em 9.4.2013.

⁵⁴ A lei foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Processo n. 0012679-76.2013.8.19.0000, Órgão Especial, Rel. Des. Reinaldo Pinto Alberto Filho), julgada procedente em 30.9.2013, por entender o D. Tribunal que “a competência legislativa do Município se restringe a assuntos de interesse local ou de caráter supletivo da legislação federal e estadual (artigo 358, incisos I e II da CERJ), não podendo proibir, de forma ampla e geral, a comercialização de determinado produto, interferindo diretamente na sua produção e consumo, além de alcançar as responsabilidades decorrentes de uma relação de consumo, razão pela qual deve ser reconhecida, desde logo, a inconstitucionalidade formal orgânica da lei municipal em análise”. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/consultaprocessos.aspx?N=201300700030>>. Acesso em 7.10.2013.

⁵⁵ A fiscalização do cumprimento da lei, bem como aplicação de penalidades, cabe ao Procon-Rio, órgão municipal de proteção e defesa do consumidor, criado pela Lei Municipal n. 5.302, de 18 de outubro 2011. Dentre suas atribuições está “fiscalizar e aplicar as sanções administrativas de competência municipal previstas na Lei Federal n. 8.078, de 1990, e na legislação municipal de defesa do consumidor” (art. 1º, IX).

A PUBLICIDADE INFANTIL E A REGULAÇÃO DA PUBLICIDADE DE ALIMENTOS DE BAIXO TEOR NUTRICIONAL

LARISSA MARIA DE MORAES LEAL*

Doutora em Direito Privado pela UFPE – Universidade Federal de
Pernambuco

RAÍSSA ALENCAR DE SÁ BARBOSA

Mestre em Direito Privado pela UFPE – Universidade Federal de
Pernambuco

EXCEROTOS

“A publicidade integra um processo mais abrangente de estudo de mercado, qual seja, o marketing, cujo objetivo, por sua vez, é debruçar-se sobre as demandas do consumidor, de molde a prover o mercado de produtos e serviços que atendam a elas”

“O Código de Defesa do Consumidor cuidou, de modo especial, da tutela da criança, que não pode ter sua natural inexperiência e dificuldade de julgamento exploradas por fornecedores e anunciantes”

“Por que o CDC busca defender a criança frente à publicidade? Porque esse diploma legal, além de consagrar a tutela do vulnerável, teve em conta a necessidade de concretização do princípio da absoluta prioridade da criança, previsto no art. 227 da CF/88”

“A publicidade, também para efeito de tutela da criança, deve evidenciar sua finalidade comercial, promover valores positivos para a sociedade, abster-se de praticar ofensas contra os consumidores, ser clara e precisa, jamais avançando no vão das dificuldades de julgamento ou experiência da criança”

“É imperativa uma contínua comunicação entre áreas do conhecimento, em especial as que se debruçam sobre a saúde pública, de molde a permitir que os conhecimentos adquiridos influenciem o direito numa melhor determinação dos ônus que devem pesar sobre os fornecedores”

*** Outras qualificações da autora**

Professora de Direito Civil e Direito do Consumidor na UFPE. Vice-Presidente da ADECCON-PE, Associação de Defesa da Cidadania e do Consumidor.

À guisa de introdução

A publicidade é um mecanismo de divulgação dos produtos ou serviços no mercado, com o intuito de despertar o ânimo positivo dos consumidores. Três agentes concorrem para a elaboração e disseminação do anúncio publicitário: o fornecedor ou anunciante, financiador da elaboração e maior interessado na comunicação mercadológica; a agência publicitária, a quem compete a formulação de mensagem em termos mercantis; e o veículo de comunicação, que divulga a publicidade¹.

A publicidade é claramente comercial, voltada à captação e adesão de novos consumidores, diferente da propaganda, que não tem no lucro uma finalidade explícita².

Deve-se ressaltar que a publicidade integra um processo mais abrangente de estudo de mercado, qual seja, o marketing, cujo objetivo, por sua vez, é debruçar-se sobre as demandas do consumidor, de molde a prover o mercado de produtos e serviços que atendam a elas³. Tais definições, no Brasil, são importantes para a utilização da terminologia correta; porém, há quem as utilize indistintamente. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) refere-se à publicidade como propaganda comercial, no art. 220, § 4º, e também como publicidade, no art. 37, § 1º⁴.

Se, por um lado, o marketing consubstancia um processo mais amplo de formulação do anúncio publicitário, a propaganda consiste em disseminação de ideia com vistas a estimular opções políticas, sociais ou religiosas, não tendo como fito a divulgação de informações sobre produtos ou serviços, finalidade adotada pela publicidade⁵. De todo modo, publicidade e propaganda encontram-se no ambiente da mídia, reconhecida como a ferramenta mais revolucionária do século XX, que avança no século XXI como a maior responsável pela era do consumo e, também, do consumismo, por ocupar lugar cativo nas residências de bilhões de pessoas, e interferir na própria construção de suas subjetividades ao criar, ensinar e alterar valores culturais, sociais e familiares⁶.

Cuidar do tema da publicidade impõe discutir se existe, ou não, um direito de anunciar, e quais seriam as balizas para o exercício desse direito. Por força da inserção da economia brasileira em um mercado capitalista, bem como em razão da tutela, pela Constituição Federal de 1988, da livre iniciativa, está consolidado no Brasil o direito subjetivo de anunciar. Todavia, ainda que esse direito esteja consubstanciado na Constituição, também lá recebe limites, como a defesa do consumidor, a teor do art. 170,

V, da CF/88. Nessa linha de raciocínio, embora haja autorização para a obtenção de espaços no mercado, a atividade deve se desenvolver dentro de determinados balizamentos⁷.

A proteção do consumidor é direito fundamental no Brasil, nos termos expressos do artigo 5º da Constituição Federal. A livre iniciativa e, bem assim, o direito de anunciar devem atender às estruturas constitucionalmente determinadas para seu exercício, cabendo, ainda, nessa equação o comando expresso de nossa lei maior: o Estado deve promover a defesa do consumidor. São deveres e direitos entrelaçados que não autorizam qualquer interpretação isolada de um ou outro, sob pena de diminuição da eficácia normativa do texto constitucional.

De acordo com o art. 1º, III, da CF/88, somente a livre iniciativa que atenda à sua função social receberá agasalho como fundamento da República Federativa do Brasil. A livre iniciativa está condicionada a desenvolver-se com vistas a concretizar algo de positivo para a sociedade, não estando tutelada, portanto, aquela que culmine com a geração de efeitos nefastos no meio social.

A partir dessa correlação de forças no campo constitucional, o Código de Defesa do Consumidor relacionou ao direito de anunciar o direito básico do consumidor a informação adequada, suficiente e veraz, que não seja enganosa ou abusiva, de sorte a proporcionar autonomia na relação de consumo. Esse direito também compreende o conhecimento do produto, cuja importância para o desempenho da liberdade de escolha não se pode questionar; a conformidade entre anúncio e produto ou serviço adquirido, de molde a conferir transparência à relação de consumo; e, por fim, a identificação da mensagem como publicitária⁸.

O Código de Defesa do Consumidor cuidou, de modo especial, da tutela da criança, que não pode ter sua natural inexperiência e dificuldade de julgamento exploradas por fornecedores e anunciantes. Nessa ambiência, faz-se necessária a distinção entre publicidade de produtos infantis e publicidade infantil.

A diferenciação básica reside no destinatário da comunicação mercadológica: caso a publicidade tencione se comunicar com a criança, buscando captar a sua atenção e adesão, estar-se-á diante de publicidade infantil, mesmo que o produto ou serviço não seja de uso exclusivo pela criança. Nesse sentido, a publicidade que, embora anuncie mercadorias que sejam consumidas preferencialmente por crianças, não as tenha como alvo não será caracterizada como publicidade infantil.

O foco da regra consumerista é o destinatário da mensagem publicitária e não o produto ou serviço anunciado. Esse é um aspecto absolutamente relevante em tempos nos quais produtos como desinfetantes, amaciantes de roupas, bebidas e veículos são anunciados por ursinhos de pelúcia, celebridades de programas infantis e personagens de filmes de animação. Valendo-se de seu grande poder de persuasão, a publicidade, além de fazer das crianças clientes potenciais, atrai sua atenção recorrendo a técnicas que manipulam cores, sons, imagens, canções conhecidas. Sobretudo, os anunciantes conhecem o fenômeno do acesso das crianças à sociedade de consumo e sua participação ativa na escolha familiar de produtos e serviços⁹.

1. A publicidade dirigida ao público infantil

Por que o CDC busca defender a criança frente à publicidade? Porque esse diploma legal, além de consagrar a tutela do vulnerável, teve em conta a necessidade de concretização do princípio da absoluta prioridade da criança, previsto no art. 227 da CF/88. Impõe-se, no Brasil, atenção especial para as práticas comerciais que atinjam a criança, pessoa hipervulnerável em razão da incompletude do seu desenvolvimento. A norma de defesa do consumidor está, ainda, relacionada com toda a estrutura legal do Brasil, que demanda, por força do art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, essa mesma proteção integral.

A publicidade, também para efeito de tutela da criança, deve evidenciar sua finalidade comercial, promover valores positivos para a sociedade, abster-se de praticar ofensas contra os consumidores, ser clara e precisa, jamais avançando no vão das dificuldades de julgamento ou experiência da criança. Toda e qualquer publicidade que tenha como alvo a criança é considerada publicidade infantil.

Entrementes, se toda criança é ser em formação – e não há dúvidas sobre isso –, é possível inferir que toda publicidade dirigida à criança é abusiva e, por tudo, ilegal. Em uma ordem valorativa de nosso sistema normativo, onde a criança foi colocada como absoluta prioridade do Estado, da sociedade e dos cidadãos, não deveria haver publicidade dirigida às crianças. Primeiro, porque as crianças não têm condições de consumir, o que, então, seria motivo suficiente para que os anunciantes, inclusive, não tivessem interesse em dirigir-se a quem não pode consumir. Segundo, porque anunciar para crianças é abusar do direito de fazer publicidade, o que implica ilegalidade da conduta.

Cabem, desde já, as indagações: Se as crianças não têm o poder econômico de consumir, por que há tanta publicidade dirigida a elas? Se a publicidade abusiva é ilegal, por que está assentado no Brasil que é possível anunciar para as crianças? Por fim, quem está autorizado a dizer qual o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças?

Para enfrentar tais indagações, trazemos como ponto de ancoragem a questão da publicidade dos alimentos de baixo teor nutricional.

2. A veiculação de publicidade infantil dos alimentos de baixo teor nutricional

Quando se fala em impor limites à atividade publicitária direcionada à criança, os argumentos devem partir de um dado essencial: a vulnerabilidade infantil, circunstância que suscita a discussão sobre os efeitos nefastos da mensagem publicitária dirigida a alguém que está em formação.

Uma das consequências negativas mais abordadas pela literatura especializada é a obesidade infantil, causada, dentre outros fatores, pela ingestão de alimentos de baixo teor nutricional, consumo esse, por sua vez, fortemente estimulado por anúncios publicitários.

Não se deve olvidar que a indústria alimentícia empreende grandes esforços no sentido de atingir o público infantil, investindo nisso vultosas quantias. Em 2009, foram gastos mais de US\$ 4.200.000.000,00 (quatro bilhões e duzentos milhões de dólares) em publicidade, fato que levanta o questionamento sobre as reais possibilidades de os pais fazerem frente a essa situação¹⁰.

A dificuldade dos pais, tutores e educadores de reverterem a atual situação também decorre de dados já aferidos: as crianças brasileiras cultivam, em média, cinco horas de exposição a conteúdos televisivos – nos quais a publicidade é onipresente – em contrapartida ao tempo médio de permanência na escola, de 3 horas e 15 minutos, o que não deixa dúvidas sobre a aludida forte influência da publicidade sobre as crianças e as famílias¹¹.

A correlação entre obesidade infantil, consumo de produtos alimentícios pobres em nutrientes e publicidade tem sido estudada pelo Yale's Rudd Center for Food Policy and Obesity, sendo alguns resultados publicados no relatório *Trends in television food advertising: progress in reducing unhealthy marketing to young people?* Trata-se de renomada instituição de pesquisa que se volta à

modificação dos padrões alimentares no mundo, com vistas a direcioná-los ao consumo de alimentos mais saudáveis e à prevenção da obesidade, em uma tentativa de reduzir os níveis mundiais desse problema de saúde.

Essa entidade americana elabora análises sobre o assunto e entra em contato com os principais atores dos meios de comunicação, da indústria e do governo com a pretensão de alcançar providências eficientes para a solução do problema da obesidade e, com isso, melhorar a saúde global¹².

Os especialistas do Rudd Center consideram, entre outros, o fato de que, em 2006, companhias de alimentos comprometeram-se, nos Estados Unidos da América, por meio do Children's Food and Beverage Initiative (CFBAI), a evitar a veiculação de anúncios para crianças, contando o acordo, até o final de 2011, com 16 participantes, que representam 80% de todos os fornecedores que anunciam na televisão durante a programação infantil¹³. Com base nesse panorama, o Rudd Center avaliou as tendências da publicidade na televisão, de 2002 a 2011, entre crianças, adolescentes e adultos, divulgando o relatório mencionado linhas acima.

Vale perquirir: por que as empresas de alimentos decidiram firmar esse acordo? Porque o Institute of Medicine (IOM), da National Academies dos EUA, subsidiando-se em vasta bibliografia, desenvolveu estudos sobre obesidade infantil, ocasião em que constatou que a publicidade direcionada à criança concorre para a configuração de um ambiente obesogênico, notadamente por ir de encontro aos parâmetros de uma alimentação saudável.

Esses estudos, transformados em relatório, foram remetidos ao congresso americano, momento em que se propôs a regulação legal do assunto caso a indústria alimentícia não conseguisse se autorregulamentar¹⁴.

Evidenciado, portanto, que o CFBAI foi assinado com a finalidade explícita de afastar uma possível interferência do Estado na matéria, restava averiguar a sua efetividade, incumbência que foi assumida pelo Rudd Center.

O referido centro vem observando os comerciais televisivos de alimentos que estimulam o consumo de produtos pobres em nutrientes, também conhecidos como alimentos ultraprocessados. A partir desse levantamento, aponta hipóteses que sejam relevantes para o esclarecimento da epidemia de obesidade vivenciada na América – e não há dúvidas sobre a gravidade do problema.

Os dados utilizados para análise da publicidade infantil de alimentos baseiam-se nos “*gross rating points*” (GRP), da Nielsen Company, que também servem de subsídio para os fornecedores avaliarem o impacto de seus anúncios¹⁵.

Não se pode descurar do fato de que os dados obtidos nos estudos do Rudd Center também são relevantes para o Brasil, sobretudo porque, atualmente, a publicidade é desenvolvida de forma mundializada. Os participantes do acordo veiculam mensagens padronizadas em diversas nações, dentre as quais o Brasil, o Reino Unido e Portugal. Seguindo esse raciocínio, um progresso verificado como resultado do CFBAI também poderia estimular a adoção da mesma postura nos países onde os consumidores e as crianças estejam expostos às mesmas práticas comerciais de oferta.

Com base nos dados coligidos, o centro verificou que, não obstante as reduções de publicidade de alimentos e bebidas pobres em nutrientes constatadas entre 2004 e 2008, houve uma reversão desse panorama em 2010. Ao passo que, de 2004 a 2008, a veiculação havia diminuído 12%, apurou-se, em 2010, um aumento de 9% nos comerciais, em comparação com 2008¹⁶.

Quando o Rudd Center se debruçou especificamente sobre as categorias de alimentos e bebidas anunciadas, observou algumas modificações positivas em 2010, como é o caso da diminuição de anúncios para lanches doces e biscoitos e salgadinhos, os quais foram reduzidos em 26% e 18%, respectivamente, face a 2008¹⁷. Entretanto, a publicidade de outros produtos cresceu de forma significativa, já que foram veiculados mais do que o dobro de anúncios para doces em 2010, comparado com 2008, chegando essa categoria a ser a segunda mais divulgada às crianças, perdendo somente para os cereais.

O incremento constatado na categoria de restaurantes também é relevante. Houve aumento de 8% na veiculação de estabelecimentos fornecedores de alimentos destinados ao público infantil. Esse acréscimo revela-se maior que o verificado entre os comerciais de restaurantes para adultos, os quais cresceram apenas 2% no mesmo período¹⁸.

Vê-se, portanto, que apesar de a veiculação total de publicidade ter se reduzido entre 2004 e 2008, o ano de 2010 demonstrou um retorno do direcionamento das mensagens para o público infantil. Além disso, embora tenha sido averiguada diminuição de publicidade de lanches doces, biscoitos e salgadinhos em 2010, ainda houve maciça veiculação de doces e de restaurantes, denotando, assim, uma ausência de mudança de postura efetiva dos participantes do CFBAI.

Insta ressaltar que as redes de restaurantes parecem ignorar completamente as premissas do acordo, uma vez que anunciam agressivamente para o público infantil, superando, inclusive, os níveis de exposição dos adultos. Nessa

senda, incentiva-se profundamente o consumo de produtos que estão longe de integrar uma dieta saudável, circunstância que pode contribuir para o problema da obesidade infantil, ainda mais por conta de a veiculação ocorrer repetidamente.

Ademais, a assunção adotada pelos fornecedores de alimentos e bebidas pobres em nutrientes, qual seja, ausência de nexo entre a obesidade e a publicidade, não se sustenta. Isto porque, caso inexistisse essa relação, por que a indústria teria pactuado acordo para diminuir a publicidade infantil? Estar-se-ia diante de compromisso meramente simbólico? Não, o acordo não é simbólico; ele é fruto de um dado de realidade aferido. Mas é ineficaz, como os próprios estudos referidos destacam. Essas verificações demonstram que a autorregulação da indústria de alimentos é ineficiente, motivo pelo qual se afigura como imperativa a interferência do Estado na matéria, sobretudo por envolver preocupações de saúde pública.

A proteção do
consumidor é
direito fundamental
no Brasil, nos
termos expressos
do artigo 5º da
Constituição
Federal

As tentativas de regulamentação da publicidade dos alimentos ultraprocessados são uma realidade no Brasil. No âmbito administrativo, convém citar a edição, pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), em 2010, da Resolução 24 (RDC 24), cujo mister era delimitar em que termos a publicidade de alimentos ricos em açúcar, gordura saturada, gordura trans e sódio e também de bebidas com baixo teor nutricional deveria ocorrer, sobretudo em atenção à saúde das crianças. Uma das medidas que deveria ser adotada pelos fornecedores, de acordo com o art. 12 da resolução, seria a disponibilização de informação sobre os efeitos negativos decorrentes do consumo desses produtos.

Suspendeu-se, contudo, a eficácia dessa resolução, por meio da ação ordinária 42882-45.2010.4.01.3400, movida pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação (ABIA), que tramitou na 16ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Nesse processo, a ABIA argumentou que a Anvisa teria ultrapassado os limites da competência que lhe foi atribuída por lei, haja vista, em seu entender, fazer-se necessária lei federal sobre o assunto. O argumento da ABIA serviu de base para a decisão final, que reconheceu ter havido ofensa ao direito à publicidade e interferência indevida na atividade econômica dos fornecedores de alimentos.

A sentença baseou-se em uma escurreita interpretação do art. 220, § 4º, da CF/88, e do art. 7º, XXVI, da Lei 9.782/99, onde está determinado que a atuação da agência deve estar adstrita à legislação sanitária. Assim, uma possível resolução da Anvisa limitar-se-ia a regulamentar as normas, não estando dentro dos poderes da agência reguladora estatuir outras limitações não estabelecidas em lei.

A iniciativa da Anvisa, ainda que tímida, merecia melhor destino. Convém pontuar que o regramento do tema publicidade de alimentos e bebidas de baixo teor nutricional não está circunscrito à aplicação da Lei 9.782/99, já que o CDC, ao dispor sobre o direito básico do consumidor à informação, afigura-se como norma importante para resolver o caso, principalmente por estabelecer – como forma de concretização do princípio da boa-fé objetiva – que o fornecedor deve proporcionar a informação. Não houve qualquer referência a esse diploma legal por ocasião da fundamentação, ignorando-se, dessa feita, os artigos que tutelam a informação e a saúde do consumidor. Não houve qualquer tentativa de diálogo de fontes dirigido à efetiva proteção das crianças e dos consumidores. Houve, apenas e tão somente, solução burocrática e estranha à Constituição Federal.

Além do art. 6º, III, do CDC, que erige a informação à condição de direito básico, isto é, direito mínimo, poderia ter sido invocada a aplicação do art. 8º do CDC, pois esclarecer que o consumo desses produtos pode colaborar para o desenvolvimento de problemas de saúde como a obesidade denota “informação necessária e adequada”.

Nunca é demais lembrar que o fornecedor obtém vantagem econômica ao desempenhar sua atividade, bem como tem o dever de informar porque possui maior conhecimento técnico e científico acerca do produto que disponibiliza no mercado de consumo, recaindo sobre ele essa incumbência de molde a concretizar a transparência e a harmonia na relação de consumo, previstas no art. 4º do CDC.

Além disso, faz-se mister que o debate sobre os deveres dos fornecedores esteja afinado com os conhecimentos adquiridos em outros ramos do conhecimento. A Organização Mundial da Saúde (OMS), por exemplo, reputa a publicidade infantil desses produtos um fator que colabora para o surgimento da obesidade¹⁹. Nesse sentido, é imperativa uma contínua comunicação entre áreas do conhecimento, em especial as que se debruçam sobre a saúde pública, de molde a permitir que os conhecimentos adquiridos influenciem o direito numa melhor determinação dos ônus que devem pesar sobre os fornecedores.

Vê-se, portanto, que o simples estudo de alguns dispositivos do CDC já respalda a RDC 24, principalmente tendo-se em conta o objetivo dessa regulamentação, qual seja, o detalhamento do fornecimento da informação em produtos de baixo teor nutricional, em um contexto de maciça veiculação de publicidade.

A discussão do tema no Brasil também ocorre no seio do Poder Legislativo, sendo oportuno comentar dois projetos de lei do Estado de São Paulo – Projeto de Lei 193/2008 (PL 193/2008) e 1.096/2011 (PL 1.096/2011). Essas proposições foram aprovadas em 18 de dezembro de 2012 pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo²⁰; contudo, a primeira delas foi vetada em 29 de janeiro de 2013 pelo governador Geraldo Alckmin.

O governador considerou o PL 193/2008 inconstitucional por dispor sobre propaganda comercial, a qual, por sua vez, somente poderia ser objeto de lei federal, a teor do art. 22, XXIX, da CF/88. Assim, por inexistir delegação para regulação, nos moldes previstos pelo art. 22, parágrafo único, da CF/88, o Estado de São Paulo seria incompetente para regular o tema.

O governador entende que o tratamento da matéria envolve a aplicação do art. 220, § 3º, II, da CF/88, considerando que a publicidade, dessa feita, configura um direito fundamental. Argumenta, ademais, que as limitações à propaganda comercial têm sido feitas por meio de lei federal, bem como que competiria à Anvisa proceder à regulamentação – e eis, aqui, mais uma demonstração das idiossincrasias de sistema que são, literalmente, criadas no Brasil quando não há vontade política de fazer o que deve ser feito. Enquanto o Judiciário diz que a Anvisa não pode regulamentar a matéria, um governador de Estado Federativo afirma que cabe justamente à Anvisa fazê-lo.

Essas contradições não existem de fato no sistema brasileiro. Elas passam a existir, sim e apenas, quando são criadas e seus efeitos são lançados no que, então, passa a ser o labirinto tormentoso de realização da tutela dos consumidores do Brasil. Destrói-se o que é possível, tudo que pode ser esquecido é esquecido e, por fim, o que resta é adulterado ou pervertido por malabarismos de palavras.

Não se deve olvidar que o governador, ao afirmar que as regulações atinentes à publicidade têm sido feitas por intermédio de legislação federal,

A autorregulação
da indústria
de alimentos é
ineficiente, motivo
pelo qual se afigura
como imperativa
a interferência do
Estado na matéria

incorreu em equívoco. Com efeito, está em vigor no município de São Paulo a Lei 14.223/06, conhecida como ‘Lei Cidade Limpa’, cujo objetivo é combater a poluição visual. Assim, o art. 6º, I, *b*, por exemplo, trata da definição de anúncio publicitário, ao passo que o art. 9º proíbe a instalação de anúncios em diversos locais pela cidade, e o art. 18 proscreve a aposição de anúncios publicitários em imóveis públicos ou privados. Observa-se, dessa feita, que para tornar a cidade “limpa”, o Estado de São Paulo se reconhece como ente federativo competente para legislar sobre publicidade. Mas para tratar da saúde dos consumidores e, principalmente, das crianças, não.

3. Por que regular a publicidade infantil dos produtos de baixo teor nutricional?

Por força do art. 1º, III, da CF/88, ao desenvolvimento da livre iniciativa deve corresponder a realização de efeitos positivos para a sociedade. Nessa senda, elaborar mensagem publicitária direcionada à criança, estimulando o consumo de alimentos pobres em nutrientes, com o uso, para tanto, de personagens lúdicos ou com o oferecimento de brindes, não concretiza qualquer benefício para a coletividade.

A regulação da publicidade infantil de alimentos de baixo teor nutricional sustenta-se na seguinte constatação: a comunicação mercadológica, como vem sendo desenvolvida, afronta os arts. 36 e 37, § 2º, do CDC.

Em primeira ordem, questiona-se a capacidade de inteligência do *myster* de incitação da publicidade. Isso porque a percepção da mensagem como publicitária pela população infantil apresenta-se como algo delicado, uma vez que crianças em idade pré-escolar enfrentam dificuldades em diferenciar anúncios publicitários e programação de televisão, enquanto que crianças de até 8 anos de idade ignoram o fim de persuasão do comercial²¹. Dessa feita, é inegável a ofensa ao princípio da identificação da mensagem publicitária, insculpido no art. 36 do CDC.

Ademais, está-se diante de publicidade abusiva com gravidade particular, em vista de o destinatário da mensagem ser pessoa em desenvolvimento, isto é, em etapa da vida em que são formados os hábitos alimentares, havendo, com a veiculação de publicidade direcionada a esse público, o estímulo a comportamentos prejudiciais à saúde. Vale reiterar: “se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente

todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal”²².

A redação do art. 37, § 2º, do CDC, permite questionar se existiria alguma publicidade que não se aproveitasse das deficiências de julgamento e experiência da criança, exatamente em vista da ausência de desenvolvimento pleno do juízo crítico e do entendimento, característica dessa etapa da vida. Por essa razão, a comunicação mercadológica deve ser dirigida aos pais, alterando-se o destinatário da mensagem para não prejudicar a condição de pessoa em desenvolvimento da criança.

Não é demais lembrar que a proteção da criança, por força do art. 6º da CF/88, é um direito social que demanda, por via lógica de consequência, atuação estatal positiva. Dito de outro modo: o respeito e a salvaguarda aos direitos infantis competem a todos.

Nossa realidade, todavia, além de não respeitar esses imperativos, ainda avança na agressão aos direitos básicos dos consumidores. Detergentes e sabões são fabricados e coloridos artificialmente para chamarem à atenção das crianças; bebidas são tornadas mais adequadas ao paladar infantil, e o que se pode perceber a qualquer momento do dia ou da noite é a sucessão de reclames publicitários dirigidos às crianças.

Tendo em vista que o fornecedor de alimentos de baixo teor nutricional, ao veicular a mensagem, não informa sobre os malefícios que o consumo de seus produtos pode ter sobre a saúde – tem sido essa a prática no Brasil, pelo menos – tentou-se fazer valer o direito básico do consumidor à informação com a edição da RDC 24, que soçobrou judicialmente, conforme demonstramos.

Todo esse panorama é agravado pela ineficácia da sanção oferecida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode mencionar, no Brasil, um único caso de contrapublicidade, no caso de veiculação de publicidade abusiva. Essa sanção, prevista no art. 56, XII, c/c art. 60, *caput* e § 1º, do CDC, pode ser imposta administrativamente pelos órgãos oficiais em caso de publicidade ilícita. Não há registros de nenhuma situação em que o Estado tenha feito valer essa norma, inclusive desempenhando seu dever de interferir no mercado de consumo e realizando, ele mesmo – e às custas do fornecedor abusivo – a contrapublicidade.

A característica de grande capilaridade da publicidade pode culminar com a impossibilidade de reversão dos efeitos danosos, não sendo, portanto, a multa, por exemplo, ou a condenação em indenizar as alternativas que devem nortear o propósito de reverter os malefícios da publicidade abusiva.

A situação converte-se em algo particularmente problemático quando se trata de publicidade infantil, justamente porque a sanção acaba sendo ainda mais ineficaz em razão dos destinatários, os quais não possuem condições de compreender a função da sanção – seja ela a contrapublicidade, a multa – ou, ainda, a condenação em indenizar. “Até os cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre a programação televisiva e os anúncios; superada essa idade, as crianças não reconhecem, na publicidade, sua função persuasiva.”²³

A discussão sobre a ineficácia da contrapublicidade, desse modo, que já é relevante quando se fala de publicidade ilícita em geral, torna-se ainda mais pertinente em se tratando de publicidade infantil, sobretudo por representar medida insuficiente à eliminação dos danos. É insuficiente, mas não deve ser abandonada enquanto uma regulação firme não ocorra e demonstre efetividade.

Resta evidenciada, portanto, a urgência de regulação da publicidade de alimentos pobres em nutrientes. Essa medida deve, por sua vez, levar em consideração a necessidade de mudar o destinatário da mensagem, direcionando-a, assim, aos pais. Outra medida relevante é a imposição de restrição de horário, justamente por robustecer essa modificação de destinatário, além de apresentar-se como plenamente aplicável à publicidade, com base nos arts. 220, § 3º, II, c/c art. 221 da CF/88.

Em última análise, se a programação televisiva admite limitações de conteúdo, com maior razão deve admitir a aplicação de limitações à publicidade, cujo escopo é eminentemente comercial. Todo esse quadro vem em respaldo de um aspecto da tutela que vem sendo pouco valorizado: a prevenção.

Conclusões

Lançamos, inicialmente, três questionamentos: se as crianças não têm o poder econômico de consumir, por que há tanta publicidade dirigida a elas? Se a publicidade abusiva é ilegal, por que está assentado no Brasil que é possível anunciar para as crianças? Por fim, quem está autorizado a dizer qual o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças?

Após considerarmos os dados de realidade acima dispostos, as respostas às indagações são apenas fruto da evidência melancólica de que os direitos dos consumidores, como tem ocorrido em todo o Ocidente, têm sido manejados

como direitos menores, pouco interessantes e, com isso, mais facilmente aviltados, desrespeitados, desconhecidos e, por fim, consideravelmente ineficazes em vários campos, notadamente o da publicidade.

A publicidade vem sendo direcionada às crianças porque elas são mais facilmente enredadas nas teias do consumo e na sedução dos anúncios, ao mesmo tempo em que sua capacidade de influir e estimular o consumo nas famílias já é largamente conhecida. As crianças, que estão expostas, em média, a cinco horas de conteúdo televisivo diárias, são os maiores agentes de repercussão de produtos e serviços anunciados.

As crianças, com sua dificuldade de julgamento, com sua impossibilidade de percepção, recebem todo o impacto dos anúncios e o transmitem a pais e cuidadores que, por sua vez, além de consumidores vulneráveis, desconhecem o processo de alienação a que foram expostas as crianças. Em um mundo que tem na linguagem midiática o seu motor, a criança é o vetor que melhor repercute mensagens. Por isso os fornecedores anunciam para crianças. Ainda que elas nada possam adquirir, elas influem, decisivamente, na aquisição de produtos e serviços.

No Brasil, anuncia-se diretamente ao público infantil porque os direitos dos consumidores sofrem de ineficiência e ineficácia. O país que tem um dos conjuntos mais bem elaborados e pensados de tutela dos consumidores, senão o melhor, é o mesmo país que não consegue realizar essa tutela. A Política Nacional de Defesa do Consumidor, proposta no ano de 1990, 23 anos depois ainda não encontrou seu eixo ou seu balizamento ótimo. Temos direitos excelentes estranhados em uma realidade horrorosa. Publicidade dirigida ao público infantil é abusiva e, portanto, ilegal. Não deveria existir. Mas não apenas existe, como recebe, inclusive, tutela no Brasil.

Em meio à publicidade dirigida às crianças, ressaltamos o grave problema dos alimentos de baixo teor nutricional e alto teor calórico. A publicidade dos alimentos ultraprocessados utiliza falsos dados nutricionais e é desenvolvida a partir do uso abusivo e distorcido de ferramentas lúdicas – animações, celebridades de programas infantis, crianças-modelos, personagens licenciados e reconhecidos no universo infantil –, veiculadas em praticamente todos os suportes de mídia (televisão, rede mundial de computadores, revistas adultas e infantis), consubstanciando verdadeira afronta ao direito fundamental das crianças a uma alimentação saudável, equilibrada e à garantia de proteção à sua saúde e segurança²⁴.

Essa publicidade desrespeita, também, o direito das crianças de desenvolverem-se livres de constrangimentos e protegidas dos assédios mais

incisivos da sociedade do hiperconsumo e do consumismo. A Constituição Federal é clara ao elevar os interesses da criança ao patamar máximo no Brasil. Nesse ponto, nosso ordenamento jurídico anda bem ao tratar o melhor interesse da criança como princípio e também como regra, o que deveria ser um óbice à manipulação desse direito fundamental. Não obstante, os fatos contrariam as ideias e a lei.

Não há, em todo o ordenamento jurídico brasileiro, um único ambiente onde se delegue a quem quer que seja a prerrogativa de dizer qual o limite aceitável de abordagem publicitária das crianças. Não há esse limite porque veicular publicidade dirigida às crianças é ilegal e a ilegalidade não costuma admitir balizamentos que a disfarcem. O que há, sem dúvidas, é a proibição dessa abordagem. Nossas crianças são protegidas por lei e permanecem expostas a toda sorte de práticas comerciais, publicitárias e engodos pelo mercado.

Negligência, descaso com a lei, frouxidão moral no cumprimento e no fazer cumprir a lei, ausência de vontade política de realizar a proteção dos consumidores e voracidade empresarial juntas produzem os resultados conhecidos: desinfetantes cor-de-rosa, sabão em pó com estrelinhas brilhantes, carros anunciados por crianças e, por fim, crianças oneradas com as decisões e escolhas de consumo.

Notas

¹ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jan.-mar. 1994, p. 30-1.

² CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012, p. 276.

³ LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992, p. 150.

⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012, p. 276.

⁵ DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, 1992, p. 135.

⁶ MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. O impacto da mídia publicitária e relacional na formação de consumidores jovens e adultos. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. II, n. 3, 2012, pp. 97-98.

⁷ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008, p. 842-3.

⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012, p. 273.

⁹ FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección juridical de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. III, n. 10, 2013, p. 127-8.

¹⁰ BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011, p. 55.

¹¹ GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011, p. 188.

¹² Essa descrição é declarada no próprio site do centro. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/who_we_are.aspx>. Acesso em 24 set. 2012.

¹³ BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011, p. 54.

¹⁴ BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011, p. 59.

¹⁵ Essa preocupação com a relação entre obesidade e publicidade televisiva direcionada para crianças e jovens foi apontada no relatório “*Trends in television food advertising: progress in reducing unhealthy marketing to young people?*”. Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_2.10.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 1.

¹⁶ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 2.

¹⁷ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 2.

¹⁸ HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/repZ>, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: < [orts/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf](http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/repZ)>. Acesso em: 3 dez. 2011, p. 2.

¹⁹ FERRAZ, Mariana. *Carta à sociedade brasileira em defesa da regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis como direito de cidadania*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/carta-a-sociedade-brasileira-em-defesa-da-regulamentacao-da-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-como-direito-de-cidadania>>. Acesso em 9 jan. 2013.

²⁰ Instituto ALANA. *Vitória na Assembleia Legislativa de SP*. Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38392536606/vitoria-sao-paulo-direitos-da-crianca>>. Acesso em 14 jan. 2013.

²¹ LINN, Susan. *Crianças do consumo: a infância roubada*. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 22.

²² GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011, p. 194.

²³ FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. III, n. 10, 2013, p. 126.

²⁴ GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011, p. 188.

Referências

BAKAN, Joel. *Childhood under siege: how big business targets children*. New York: Free Press, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 9, jan.-mar. 1994.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Liberdade de expressão, de informação e propaganda comercial. *Revista Crítica Jurídica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, n. 24, dez.-jan. 2005. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/critica/cont/24/pr/pr18.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2012.

DENARI, Zelmo. A comunicação social perante o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, 1992.

FERNÁNDEZ, Marta Morillas. La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. III, n. 10, 2013.

FERRAZ, Mariana. *Carta à sociedade brasileira em defesa da regulamentação da publicidade de alimentos não saudáveis como direito de cidadania*. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/em-acao/artigo/carta-a-sociedade-brasileira-em-defesa-da-regulamentacao-da-publicidade-de-alimentos-nao-saudaveis-como-direito-de-cidadania>>. Acesso em 09 jan. 2013.

GONÇALVES, Tamara Amoroso. Impactos da publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. I, n. 4, 2011.

HARRIS, Jennifer L.; WEINBERG, Megan E.; SCHWARTZ, Marlene B.; ROSS, Craig; OSTROFF, Joshua; BROWNELL, Kelly D. *Trends in television food advertising to young people: 2010 update*. Disponível em: <http://www.yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/reports/RuddReport_tvFoodAdvertising_6.11.pdf>. Acesso em: 3 dez. 2011.

Instituto ALANA. *Vitória na Assembleia Legislativa de SP!* Disponível em: <<http://defesa.alana.org.br/post/38392536606/vitoria-sao-paulo-direitos-da-crianca>>. Acesso em 14 jan. 2013.

LINN, Susan. *Crianças do consumo: a infância roubada*. Trad. Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

LOPES, Maria Elizabete Vilaça. O consumidor e a publicidade. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, n. 1, mar. 1992.

MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. O impacto da mídia publicitária e relacional na formação de consumidores jovens e adultos. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, Curitiba, Editora Bonijuris, vol. II, n. 3, 2012.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. A publicidade comercial dirigida ao público infantil. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; REZEK, José Francisco. *Constituição Federal: avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. São Paulo: Centro de Extensão Universitária: Revista dos Tribunais, 2008.

LA PUBLICIDAD INFANTO-JUVENIL EN ESPAÑA

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil Universidad de Granada

EXCERTOS

“En relación a las edades de los menores para asumir los contenidos publicitarios, los criterios seguidos en términos generales son: a) Especialmente recomendados para la infancia; b) Para todos los públicos; c) No recomendados para menores de siete años; d) No recomendados para menores de trece años; e) No recomendados para menores de dieciocho años”

“El desarrollo de competencias cognitivas e interpretativas a través de programas de educación para los medios de comunicación tiene una repercusión positiva en la interacción con la publicidad”

“Cuanto menor es la edad del público al que se dirige el anuncio, mayor es su credulidad y vulnerabilidad, y por tanto, mayor la necesidad de otorgarle especial protección”

“Las redes sociales se han convertido en uno de los fenómenos más impactantes a los que la sociedad actual ha de hacer frente, debido a la continua utilización que de las mismas se hace”

I. Introducción

Los menores de edad constituyen un elemento esencial en la sociedad de la información, ya que tienen derecho a conocer los productos que les interesan de acuerdo con su edad. La publicidad, por tanto, es una parte importante en la vida del menor, en cuanto puede influir en su desarrollo personal para querer adquirir determinados productos. Sin embargo no podemos olvidar que se trata de un colectivo especialmente vulnerable, por la capacidad limitada que presentan, a la hora de valorar la información que reciben.

La publicidad destinada a menores, en términos generales, contiene unas técnicas de persuasión en las que no sólo es determinante su papel, sino también el de los padres o tutores que serán los que finalmente compren el bien. Reciben información fundamentalmente a través de la publicidad televisiva y de internet.

Las principales características del colectivo integrado por menores, niños o adolescentes, para que se haya producido un importante incremento de la publicidad dirigida a este sector, son las siguientes: a) los niños y adolescentes son clientes, compradores, gastadores y grandes consumidores. Representan una importante cuota de mercado, y por esta razón las empresas han desarrollado técnicas de marketing destinadas a informar, persuadir, vender y satisfacer como cliente a este colectivo; b) aunque ellos mismos afirman que no se ven influidos por la publicidad, es precisamente a través de este medio donde este sector de la población puede acabar opinando que algo es bueno o deseable; c) la influencia de la publicidad sobre ellos es alta porque todavía están buscando su opinión sobre las cosas, en definitiva, se les puede moldear con facilidad; d) como son influenciables y viven en una cultura altamente consumista, no tienen un criterio adecuado para afrontar la publicidad, y la consecuencia es que acaban deseando todo lo que ven anunciado. Además, utilizan un gran grado de convencimiento hacia los padres para conseguir el producto. A su vez, los jóvenes/niños son influidos por sus similares, quienes también quieren el producto en cuestión o ya lo han adquirido¹.

El objetivo principal de la normativa en la materia es adaptar la publicidad a la edad del menor, lo cual se hará en base a su capacidad natural de entender y querer y por tanto en relación al grado de madurez al que atiende. En este sentido, el ordenamiento jurídico español, contiene una serie de normas, en algunos casos contradictorias, pero que nos hacen observar los puntos de inflexión en relación a la capacidad para realizar actos jurídicos previos antes de alcanzar la mayor edad. Estas serían los 12, 14 y 16 años.

En relación a las edades de los menores para asumir los contenidos publicitarios, los criterios seguidos en términos generales son: a) Especialmente recomendados para la infancia; b) Para todos los públicos; c) No recomendados para menores de siete años; d) No recomendados para menores de trece años; e) No recomendados para menores de dieciocho años². Mientras que los contenidos parten del análisis de cuatro parámetros que resultan los más significativos: comportamientos sociales, violencia, conflictividad y sexo³.

Las edades que se plantean en relación al menor establecen una franja de 0 a 7 años, de 7 a 13 y de 14 a 18. Los contenidos en base a las materias anteriormente indicadas han de variar conforme a la edad, madurez y desarrollo que vayan adquiriendo.

El dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes”, de 18 de septiembre de 2012, plantea que los niños hasta cierta edad no filtran la comunicación publicitaria, sobre todo cuando el mensaje es excesivo y se caracteriza por la repetición hasta la saciedad del mismo anuncio, por lo que tienden a asumir todos los mensajes como verdaderos y puede inducirseles a convertirse en consumidores compulsivos. Los niños ni siquiera comprenden los mensajes y advertencias contenidos en la publicidad, por lo que estos últimos no pueden ser considerados como un factor de prevención o de disuasión.

La percepción de la publicidad varía en función de los grupos de edad. Hasta los cinco años, los niños son incapaces de percibir las diferencias entre programación y anuncios, e incluso superada esta edad no reconocen a la publicidad su función persuasiva. Esta competencia surge solamente en torno a los ocho años, y aun así, no en el caso de todos los niños; esto no significa que puedan reconocer los mensajes como tendenciosos, enfatizando aspectos positivos y obviando otros más negativos del producto de que se trata. Cuando los niños mayores ven el anuncio como un factor de entretenimiento el impacto es mayor y su mayor capacidad de procesamiento de los mensajes publicitarios no los vuelve necesariamente inmunes a la publicidad y a sus intenciones, en la medida en que otras técnicas de persuasión más sofisticadas e igualmente eficaces permiten influir en sus comportamientos.

El desarrollo de competencias cognitivas e interpretativas a través de programas de educación para los medios de comunicación tiene una repercusión positiva en la interacción con la publicidad. No obstante, un mayor nivel de alfabetización mediática y una mayor comprensión de los mecanismos y efectos de la publicidad por parte de padres e hijos no representan una solución global para los efectos nocivos de la publicidad destinada a

los niños. Es fundamental preparar a los niños como futuros consumidores, apostando por la alfabetización mediática y por su capacitación desde la más tierna edad. No obstante, esto no resuelve de inmediato el problema del impacto de la dimensión excesiva y repetitiva de los anuncios, y puede no alcanzar a todos los niños, en particular a los de los medios socioeconómicos más desfavorecidos y más afectados por los efectos nocivos de la publicidad⁴.

En base a estos parámetros, el presente trabajo pretende analizar la normativa española, que a través de la trasposición de las directrices europeas, ha originado un conjunto de normas nacionales y autonómicas para regular la relación de la publicidad y los menores, protegiendo así los derechos que le asisten. Para ello nos centraremos, en ese amplio abanico legislativo y en la autorregulación de los profesionales como base para los códigos que complementan las leyes vigentes, y en las materias que más les afectan como pueden ser los alimentos. Necesario es, en este contexto, hacer referencia a la utilización del menor ante las redes sociales y a la publicidad que se deriva de la misma.

II. Normativa aplicable

1. Legislación nacional

El concepto sobre el que se ha de entender por publicidad viene dado en el artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se reforma el régimen normativo de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Indica el precepto que se refiere a “toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.

El artículo 3 de la Ley General de Publicidad establece como ilícita aquella dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, en ningún caso y sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. Igualmente no se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en adelante LGCA, surge con la principal idea de que la normativa tiene que evolucionar con los tiempos y debe adaptarse a los nuevos desarrollos tecnológicos. La regulación de la publicidad, conforme a los criterios establecidos por la Directiva Comunitaria 2007/65/CE de Servicios de Comunicación Audiovisual del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre del 2007, ocupa una parte importante de esta ley.

Se presenta como norma básica no sólo para el sector privado sino también para el público, fijando, con el más absoluto respeto competencial que marca nuestra Constitución, los principios mínimos que han de inspirar la presencia en el sector audiovisual de organismos públicos prestadores del servicio público de radio, televisión y servicios interactivos. En el capítulo I del título II se trata de forma individualizada las obligaciones de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual en relación a los menores que merecen a juicio del legislador y de las instituciones europeas una protección especial. Está concebida como un instrumento de protección del consumidor frente a la emisión de mensajes publicitarios en todas sus formas en cuanto a tiempo y contenidos pero también con una normativa reguladora básica para impedir abusos e interpretaciones divergentes que han llevado, en el pasado, a la apertura de expedientes y discrepancias serias a la hora de interpretar los preceptos europeos.

Dicha ley articula la reforma del sector y dota a España de una normativa audiovisual acorde con los tiempos, coherente, dinámica, liberalizadora y con garantías de control democrático y respeto y refuerzo de los derechos de los ciudadanos, de los prestadores y del interés general⁵.

Es el artículo 7 de la mencionada Ley de Comunicación Audiovisual, el que nos establece las limitaciones para proteger a los menores en una doble vertiente. La primera referente a los contenidos y horarios de protección infantil. Y la segunda en relación a las limitaciones que han de contener las comunicaciones publicitarias.

En relación a la primera de ellas, establece el apartado segundo de dicho artículo que queda prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse en abierto entre las

22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos por un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. Con carácter general, y de acuerdo a las previsiones de la Ley 7/2010, el horario legal de protección de los menores queda fijado entre las 06:00 y las 22:00 horas, estableciendo franjas de protección reforzada en aquellas horas de más demanda de los menores en la televisión.

En este horario de protección al menor, los prestadores del servicio de comunicación audiovisual no podrán insertar comunicaciones comerciales que promuevan el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen, tales como productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética.

La percepción
de la publicidad
varía en función
de los grupos
de edad

En segundo lugar y respecto a la publicidad especialmente dirigida a niños, es el artículo tres de la LGCA, la que establece las limitaciones de las comunicaciones comerciales para que no produzcan perjuicio moral o físico a los menores. Éstas son las siguientes: a) No deben incitar directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad; b) No deben animar directamente a los menores a que persuadan a sus padres o terceros para que compren bienes o servicios publicitados; c) No deben explotar la especial relación de confianza que los menores depositan en sus padres, profesores, u otras personas; d) No deben mostrar, sin motivos justificados, a menores en situaciones peligrosas; e) No deben incitar conductas que favorezcan la desigualdad entre hombres y mujeres⁶; f) Las comunicaciones comerciales sobre productos especialmente dirigidos a menores, como los juguetes, no deberán inducir a error sobre las características de los mismos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o a terceros⁷.

Es aquí, siguiendo la línea de lo anterior, en el sentido expresado de que la publicidad tiene que ir en consonancia con el desarrollo evolutivo de los menores, y que en ningún caso debe causarles un perjuicio, y por su semejanza con contenidos publicitarios que pudieran causarle un daño en su desarrollo moral, donde tenemos que destacar la sentencia de 20 de julio de 2012 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo.

El objeto de la sentencia es determinar si es o no conforme a derecho la Resolución del Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información de 21 de mayo de 2010, por la que se impone a Gestevisión Telecinco, S.A., dos multas, por importes respectivos de 150.000 euros y 50.000 euros, como responsable de la comisión de dos infracciones administrativas de carácter grave, al vulnerar lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 25/1994⁸, en relación con el artículo 7.2, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual, derogatoria de la anterior, que dispone: “Está prohibida la emisión en abierto de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y en particular, programas que incluyan escenas de pornografía o violencia gratuita. El acceso debe posibilitar el control parental. Aquellos otros contenidos que puedan resultar perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores solo podrán emitirse entre las 22 y las 6 horas, debiendo ir siempre precedidos de un aviso acústico y visual, según los criterios que fije la autoridad audiovisual competente. El indicador visual habrá de mantenerse a lo largo de todo el programa en el que se incluyan dichos contenidos.”

En este caso, el programa emitido, cuyo contenido y alcance no es verdaderamente cuestionado por la recurrente –admite que la emisión es sin duda de contenido grosero y provocador–, muestra secuencias de contenido sexual difícilmente compatibles, con lo que, en términos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor, puede razonablemente entenderse como adecuado para el desarrollo de los menores. Contenidos como el descrito pugnan, en criterio de la Sala, con el correcto desarrollo mental y moral de los menores, especialmente sensibles y vulnerables a productos como el emitido, que muestran contenidos de difícil, cuando no imposible, asimilación emocional en un contexto normal de desarrollo humano comúnmente aceptado por el cuerpo social.

Alega la recurrente ausencia de intencionalidad, pues no tenía conciencia ni intención de emitir un programa de estas características, basado más bien en la espontaneidad de los intervinientes.

La Sala no comparte esta apreciación, pues estima que Gestevisión Telecinco, S.A., ha emitido en horario de tarde, en franja horaria anterior a las 22.00 horas y antes de las 06.00 horas del día siguiente, y sin advertencia alguna, óptica o acústica, un programa cuyo contenido contraviene lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 25/1994, según términos que han quedado expuestos, evidenciándose, por tanto, la concurrencia del elemento

volitivo, pues la inobservancia de dicho precepto determina cuando menos una falta de diligencia, siendo ésta elemento bastante, desde el prisma de la culpabilidad, para considerar acreditados tanto los elementos objetivos como los subjetivos del ilícito administrativo sancionado.

La emisión televisiva puede perjudicar seriamente el desarrollo moral o mental de los menores, dadas las características y naturaleza de las secuencias del programa, con potenciales efectos perversos en el inconsciente de los espectadores menores de edad, comprometiendo su ideación de un mundo real en relación con las cosas, los sentimientos y las relaciones normales, en el tiempo y en el lugar, entre las personas.

2. Normativa autonómica

A nivel autonómico y en la misma línea de protección del menor ante la publicidad, existen numerosas leyes. Cada comunidad autónoma recoge los principios generales que las inspiran y las actuaciones concretas a que se comprometen las administraciones públicas, para la promoción y protección de los derechos de los menores que se consideran de mayor importancia para su desarrollo integral.

En líneas generales, entre otras, destacamos:

– Ley 1/1998, de 20 de abril, del Menor de Andalucía. En cuanto a la publicidad determina en su artículo 7 que las Administraciones Públicas de Andalucía velarán para que en los medios de comunicación social no se difundan programas o publicidad contrarios a los derechos de los menores y, en particular, se atenderá a que no contengan elementos discriminatorios, sexistas, pornográficos o de violencia. Igual vigilancia se extenderá a los sistemas informáticos de uso general o cualesquiera otros derivados de la aplicación de nuevas tecnologías. La publicidad en los medios de comunicación social no perjudicará moral o físicamente a los menores, debiendo respetar, a tal efecto, la legislación específica sobre la materia. Del tiempo máximo que puedan dedicar a la publicidad los medios televisivos, sólo podrá emplearse hasta un veinte por ciento para inserciones dirigidas a los menores. El lenguaje y los mensajes contenidos en la información y publicidad destinada a los menores deberán adaptarse a los niveles de desarrollo de los colectivos a quienes se dirijan.

– Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y Adolescencia de Aragón. Es el artículo 43 el que trata la publicidad dirigida a niños y adolescentes, y determina que la publicidad dirigida específicamente a los niños y adolescentes deberá estar sometida a límites reglamentariamente establecidos que obliguen

a respetar, entre otros, los siguientes principios de actuación: a) Lenguaje y los mensajes serán sencillos, comprensibles y adaptados al nivel de desarrollo de los colectivos infantiles y adolescentes a los que se dirige; b) Se evitará la publicidad de mensajes que fomenten la violencia o que atenten contra la dignidad de las personas, la publicidad sexista y la que implique difusión de ideas contrarias a los valores constitucionales. No se admitirán mensajes que establezcan diferencias o discriminaciones en razón del consumo del objeto anunciado; c) Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco, locales de juegos de suerte, envite o azar y servicios o espectáculos de carácter erótico o pornográfico tanto en publicaciones infantiles y juveniles como en los medios audiovisuales, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuyan o se emitan, respectivamente, en Aragón.

Se ocupa en su artículo 44, esta ley, de la protección ante el consumo, indicando que las administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben velar porque los derechos de los niños y adolescentes, como colectivos de consumidores, gocen de defensa y protección especial. Promocionarán la información y la educación para el consumo y velarán por el estricto cumplimiento de la normativa aplicable en materias de seguridad y publicidad, defendiendo a los menores de las prácticas abusivas.

En cuanto a los productos dirigidos a estos colectivos no deben tener sustancias nocivas para su salud y deberán disponer de información adecuada y visible sobre su composición, características y uso, así como la franja de edad de los niños y adolescentes a los que van destinados. Queda prohibida la venta o transmisión a menores de objetos que fomenten o inciten a la violencia o actividades delictivas, que tengan contenido pornográfico o que comporten actitudes o conductas contrarias a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y el vigente ordenamiento jurídico. Los productos comercializados dispondrán de las medidas de seguridad necesarias que eviten las consecuencias nocivas con un uso correcto y los efectos negativos de un posible uso inadecuado.

– Ley 6/1995, de 28 de marzo, de Garantías de Derechos de la Infancia y la Adolescencia de Madrid, en la línea de las anteriores, recoge en su artículo 38 las actividades prohibidas en torno a la publicidad de menores. La publicidad de locales de juegos de suerte, envite o azar y servicios o espectáculos de carácter erótico o pornográfico, estará prohibida tanto en publicaciones infantiles y juveniles, como en medios audiovisuales, cine, televisión, radio y vídeo, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuyan o se emitan, respectivamente, por la Comunidad de Madrid. La

Administración de la Comunidad de Madrid velará por el cumplimiento de las prohibiciones y limitaciones a la publicidad de bebidas alcohólicas y de tabaco, establecidas en la legislación autonómica sobre drogodependencias. En cuanto a las actuaciones administrativas en materia de consumo, el artículo 39 dispone que se ofrecerá especial protección por las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid a los derechos de los menores como consumidores, promocionándose la información y la educación para el consumo. Igualmente se velará por el estricto cumplimiento de la normativa aplicable en materias de seguridad y publicidad, defendiéndose a los menores de las prácticas abusivas⁹.

3. Autorregulación y códigos de conducta

El Informe Anual 2012 del organismo europeo de autorregulación publicitaria (EASA)¹⁰, indica que España se mantiene como el segundo país de la UE en el que más campañas publicitarias se someten a control previo voluntario antes de su difusión y registra un bajo número de reclamaciones contra campañas ya difundidas, debido al sistema de autorregulación español que complementa a las leyes vigentes.

Hace referencia la autorregulación al compromiso de responsabilidad social de la industria publicitaria, que se manifiesta en el cumplimiento de determinadas normas y principios deontológicos, con la finalidad de que la actividad publicitaria sea legal, honesta y leal. En todos los países de la Unión Europea, existen organismos de autorregulación publicitaria para gestionar esos sistemas. Ello beneficia a consumidores, garantizándoles una publicidad responsable, y a la industria, ya que disminuye los actos de competencia desleal facilitando un sistema preventivo¹¹.

En España se lleva a cabo a través de Autocontrol. Sectores con especial sensibilidad incitados por la Comisión Europea, Parlamento Europeo y/o gobierno nacional o por iniciativa propia han decidido establecer reglas específicas para su publicidad que en la mayoría de los casos desarrollan o sistematizan la legislación aplicable en ese sector y en otros casos establecen restricciones adicionales a las establecidas legalmente en interés de los consumidores o de públicos específicos (menores) Autocontrol se ha convertido en un organismo de referencia para la aplicación y control de los códigos sectoriales de todos los ámbitos publicitarios.

Parte del objetivo de gestionar el sistema español de autorregulación publicitaria y se trata de una asociación sin ánimo de lucro, compuesta por los principales anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y

asociaciones profesionales relacionadas con la actividad publicitaria en España. En este momento, Autocontrol cuenta con más de 449 miembros directos y 4.000 indirectos. Su objetivo es gestionar el sistema de autorregulación de la comunicación comercial sobre la base de tres instrumentos principales: un Código de Conducta, un órgano independiente (el Jurado de Autocontrol de la Publicidad) que se encarga de resolver las controversias y reclamaciones y un Gabinete Técnico que presta asesoramiento previo a la difusión del anuncio a través del servicio de Consulta Previa (Copy Advice®) y consultoría en materia de verificación del uso de cookies desde un punto de vista técnico y jurídico (Cookie Advice®)¹².

Desde su creación, Autocontrol ha tramitado 2.673 casos, convirtiéndose en el mecanismo preferente de resolución de controversias en materia publicitaria de nuestro país. Además, se han atendido más de 85.243 consultas previas sobre proyectos de anuncios, desde la puesta en marcha del servicio de consulta previa en 2001. Asimismo, gestiona 19 códigos sectoriales y tiene firmados 18 convenios de cooperación o corregulación con la Administración.

El artículo 37 de la Ley 3/1999, de 10 de enero, de Competencia Desleal, modificada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, se refiere al fomento de los códigos de conducta, ya que es cada vez más habitual la existencia de los mismos con el fin de conseguir unos parámetros equivalentes en las prácticas comerciales en relación a los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración la participación de las organizaciones de consumidores.

Se trata de normas deontológicas aplicadas a toda comunicación publicitaria y basadas fundamentalmente en valor de la publicidad, el respeto a la Constitución y la legalidad, la buena fe, la no incitación a la violencia y comportamientos ilegales, el respeto al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, y la no discriminación entre otros aspectos.

Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios¹³. A nivel comunitario se insta a los Estados miembros y a la Comisión a la promoción y desarrollo de estos sistemas de autorregulación en su doble vertiente de elaboración de códigos éticos y de creación y consolidación de mecanismo extrajudiciales de resolución de controversias¹⁴. Como códigos éticos, encontramos el Código de Conducta Publicitaria y el Código Ético de Confianza Online. Dentro de los códigos sectoriales, entre otros, sobre publicidad de los productos

dietéticos infantiles, publicidad en el juego, publicidad de juguetes, publicidad de videojuegos, publicidad de cine, o publicidad a alimentos y bebidas dirigidas a niños, Código PAOS, al que haremos referencia a continuación.

4. Publicidad de alimentos a menores

Destacamos entre los diversos códigos de autorregulación, el referente a la publicidad de alimentos y bebidas en prevención de la obesidad y la salud, por ser uno de los problemas en que intervienen más personas, no sólo la industria, la hostelería, la publicidad sino también los padres y por supuesto las autoridades sanitarias, entre otros.

El Código PAOS nació con vocación de aplicación a la publicidad de alimentos destinada a los menores de hasta 12 años, independientemente de quien sea el anunciante. Ha supuesto un avance en la regulación de la publicidad infantil de alimentos, no sólo porque establece los principios que han de seguir la ejecución y difusión de los mensajes publicitarios, sino también porque fija los mecanismos que garantizan el control y aplicación de las normas. El actual sustituye al anterior de 2005 y entró en vigor el 1 de enero de 2013, con un periodo transitorio de adaptación de seis meses para adaptar la publicidad dirigida a menores de 15 años en internet¹⁵.

El artículo 46 de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición bajo el epígrafe “Publicidad de alimentos dirigidos a menores de quince años”, hace un llamamiento al establecimiento de códigos de conducta que regulen las comunicaciones comerciales de alimentos y bebidas dirigidas a la población menor de 15 años.

La aplicación de las normas de este código se ponderará en función de la edad de los destinatarios del anuncio publicitario concreto. Cuanto menor es la edad del público al que se dirige el anuncio, mayor es su credulidad y vulnerabilidad, y por tanto, mayor la necesidad de otorgarle especial protección. Se exige mayor cautela en los mensajes publicitarios dirigidos a menores de hasta 12 años.

Se considerará que un mensaje publicitario va dirigido a menores de hasta 12 años (medios audiovisuales e impresos) o a menores de 15 años (internet) atendiendo principalmente a los siguientes criterios: a) Por el tipo de producto alimenticio promocionado; b) Por el diseño del mensaje publicitario: se considera dirigida a menores de hasta 12 años (o, en su caso, menores de 15 años) aquella publicidad diseñada de tal forma que por su contenido, lenguaje y/o imágenes resulte objetiva y mayoritariamente

apta para atraer de forma especial la atención o interés del público de tales edades; c) Por las circunstancias en que se lleve a cabo la difusión del mensaje publicitario: medios audiovisuales o impresos, o internet, dependiendo de la edad.

El código se divide en dos bloques fundamentales: normas éticas y normas de aplicación del código. En las primeras encontramos, la regulación en torno al principio de legalidad, de lealtad, educación e información nutricional, presentación de los productos, información de los productos, presión de ventas, apoyo y promoción a través de personajes y programas, identificación de la publicidad, presentaciones comparativas, promociones sorteos concursos y clubes infantiles, seguridad, tratamiento de datos personales, marketing, y la protección frente a contenidos inapropiados. Por su parte en el segundo bloque se recogen las normas referentes a la aplicación del código, vinculación, control – resolución extrajudicial, infracciones y sanciones- o comisión de seguimiento.

III. Menores, redes sociales y publicidad

1. Cuestiones previas

Las redes sociales se han convertido en uno de los fenómenos más impactantes a los que la sociedad actual ha de hacer frente, debido a la continua utilización que de las mismas se hace. Son en la actualidad una aplicación cuyo alcance está por determinar y que afecta de forma muy importante a la esfera jurídico personal de los sujetos, a la esfera de su personalidad y, muy especialmente, a la intimidad. La principal preocupación se circunscribe a que los sujetos usuarios de las redes exteriorizan la intimidad –extimidad– y desconocen en mayor medida la utilización que, de estos datos, se hace por parte de los proveedores de redes que, no lo olvidemos, son empresas con un fin económico.

La tecnología Web se pone al servicio de la comunidad, de esta forma los sujetos interactúan entre ellos, y se produce toda clase de indexación social, actividad que en esencia son datos amparados por el derecho a la intimidad y propia imagen, como derecho inherente a la personalidad de los sujetos¹⁶.

La Agencia Española de Protección de Datos indica que los mayores de catorce años disponen de las condiciones de madurez precisas para consentir, por sí mismos, el tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal.

En este sentido es indispensable referirnos al Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, que establece en su artículo 13 la posibilidad de proceder al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.

En ningún caso, podrá recabarse del menor datos que permitan obtener información sobre los demás miembros del grupo familiar o sobre las características del mismo, como relativos a la actividad profesional de los progenitores, información económica, datos sociológicos o cualesquiera otros, sin el consentimiento de los titulares de tales datos. No obstante, podrán recabarse los de identidad y dirección del padre, madre o tutor, con la única finalidad de recabar la autorización prevista en el apartado anterior.

El reglamento también establece, en su artículo 13.3, que, cuando el tratamiento se refiera a datos de menores de edad, la información dirigida a los ellos deberá expresarse en un lenguaje que sea fácilmente comprensible por aquéllos. El análisis de varias redes sociales muestra que, si bien para acceder a las ellas hay que indicar la edad y el contenido de la casilla de seguridad, algunas no establecen ninguna otra medida para verificar la edad.

Indudablemente la red social ha de asumir su responsabilidad como receptora con plena disposición sobre los perfiles y otros datos de carácter personal facilitados por los usuarios. La actitud de la propia red será jurídicamente reprochable dependiendo de las circunstancias, ya que la difusión de tales datos será lícita sólo cuando: a) se derive del ejercicio de derechos fundamentales; b) se lleve a cabo en cumplimiento de obligaciones legales. c) se produzca con el consentimiento inequívoco del afectado, para lo que será necesario que la red social haya cumplido con la obligación en relación a los buscadores, respecto a la claridad y fácil comprensión de los avisos legales y políticas de privacidad. Es por esto que resulta fundamental, de cara a proteger la privacidad de los integrantes de la red social, la lectura detallada de las *Condiciones Generales de Uso*¹⁷.

El consentimiento debe ser prestado siempre con anterioridad a la recogida de datos, lo que es garantía de que el titular conoce la finalidad, sus derechos y los datos del responsable del fichero. La regla general establecida por la ley de protección de datos es la de solicitar a los titulares de los datos el consentimiento libre, específico, informado e inequívoco.

2. Protección del menor en la publicidad interactiva

En la línea de lo expuesto hasta ahora, el Código Ético de Confianza Online fue presentado públicamente el 28 de noviembre de 2002 y entró en vigor en enero de 2003. Ésta es su última versión, con las modificaciones introducidas en 2011, para adaptarlo a los desarrollos tecnológicos en la materia así como a las recomendaciones indicadas por la Dirección General de Consumo de la Comunidad de Madrid y a las exigencias recogidas en la Ley de Competencia Desleal en materia de regulación de códigos de conducta¹⁸.

Los servicios ofrecidos a través de los medios electrónicos de comunicación a distancia son múltiples y muy variados. Abarcan una amplia variedad de actividades económicas remuneradas, de las que forman parte las transacciones contractuales, así como servicios no remunerados, como las comunicaciones comerciales.

Es evidente, por lo demás, que la publicidad que se difunde a través de internet y otros medios electrónicos de comunicación a distancia queda sometida a las normas generales que regulan la actividad publicitaria. Mediante el Código Ético de Confianza Online, todas estas entidades manifestaron su serio compromiso por crear y sostener, en el marco de la defensa del ejercicio de la ética y deontología profesional, un sistema integral de autorregulación relativo a la publicidad y a las transacciones comerciales con los consumidores en los medios electrónicos de comunicación a distancia.

Este sistema de autorregulación, con vocación de universalidad para todo el territorio español y de aunar las voluntades del mayor número de instancias profesionales dedicadas a la realización, fomento y defensa del desarrollo de la publicidad y el comercio en los nuevos medios, resulta comprensivo tanto de las comunicaciones comerciales como de los aspectos contractuales derivados de las transacciones comerciales que las entidades realicen con los consumidores a través de internet y otros medios electrónicos e interactivos. La protección de datos personales, la accesibilidad y usabilidad y la protección al menor de edad, por supuesto, quedan también comprendidas en el ámbito de regulación material del presente código, siendo éstas áreas que requieren de una adecuada salvaguarda en el desarrollo tanto de actividades publicitarias como de transacciones contractuales con los consumidores.

Es el artículo 3, el que contiene los principios generales, en relación a la publicidad, y establece que: “ 1.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, leal, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y por el Código de Práctica

Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional. 2.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá respetar las normas recogidas en los Códigos mencionados en el párrafo anterior, así como aquellas otras que se recojan en los Códigos sectoriales contemplados en el artículo 8 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol. 3.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser elaborada con sentido de la responsabilidad social, y no deberá constituir nunca un medio para abusar de la buena fe de sus destinatarios, evitando así que pueda deteriorarse la confianza del público en estos medios. 4.– La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia no tendrá contenidos que atenten contra la dignidad de la persona, o sean discriminatorios (por razón de nacionalidad, raza, sexo, orientación sexual, convicciones religiosas o políticas, o cualquier otra circunstancia personal o social), o que inciten a la comisión de actos ilícitos.”

Por lo que se refiere al menor, determina que será toda persona física que no haya alcanzado la mayoría de edad legal (18 años). Dentro de la minoría de edad, a los efectos de las normas de protección de datos en el marco de este código, se entenderá por: – Niño: Toda persona física menor de catorce años. – Adolescente: Toda persona física cuya edad esté comprendida entre los catorce y los dieciocho años.

En relación a la publicidad y protección de menores, el artículo 34 indica que la publicidad difundida en medios electrónicos de comunicación a distancia no deberá perjudicar moral o físicamente a los menores y tendrá, por consiguiente, que respetar los siguientes principios: a) Deberá identificar los contenidos dirigidos únicamente a adultos. b) No deberá incitar directamente a los menores a la compra de un producto o servicio, explotando su inexperiencia o su credulidad, ni a que persuadan a sus padres o tutores, o a los padres o tutores de terceros, para que compren los productos o servicios de que se trate. c) En ningún caso deberá explotar la especial confianza de los niños en sus padres o tutores, profesores u otras personas. d) No deberá, sin motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas.

El artículo 36, por su parte, recoge el tratamiento de datos de menores, que podemos sintetizar en las siguientes líneas 1.– Las entidades adheridas a este código deberán tener en cuenta la edad, el conocimiento y la madurez

Es fundamental
preparar a los
niños como futuros
consumidores,
apostando por
la alfabetización
mediática y por su
capacitación desde
la más tierna edad

de su público objetivo. En ningún caso podrán recabarse del menor datos relativos o relacionados con la situación económica o la intimidad de los otros miembros de la familia. 2. – Se alentará a los menores a obtener autorización de sus padres, tutores o representantes legales antes de facilitar datos personales en línea (online), y establecer mecanismos que aseguren razonablemente, de acuerdo con el desarrollo de la tecnología, que han comprobado de modo efectivo la edad del menor y la autenticidad del consentimiento de aquéllos. Lo anterior no será necesario cuando la información sea solicitada a adolescentes, siempre que los términos en que se solicita su consentimiento estén redactados de forma que sean fácilmente comprensibles para ellos. 3. – Los padres o tutores podrán oponerse al envío de publicidad o información solicitada por los menores a su cargo, dirigiéndose para ello al responsable del fichero mediante un sistema que asegure su identidad. 4. – Se limitará la utilización de datos proporcionados por los menores con la única finalidad de la promoción, venta y suministro de productos o servicios objetivamente aptos para menores. 5. – En ningún caso podrán cederse los datos relativos a menores sin el previo consentimiento de sus padres o tutores. No será necesario recabar dicha autorización cuando la cesión sea solicitada a un 6. – Las entidades adheridas a este código deberán ofrecer a los padres o tutores información acerca de cómo proteger en línea (online) la privacidad de sus hijos o pupilos, así como facilitarles mecanismos para ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y determinación de la finalidad sobre los datos de aquéllos.

En la línea de lo comentado, hemos de destacar que el 23 de noviembre de 2013 se publicó en el BOE, el Real Decreto 869/2013, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica.

A través de la modificación introducida se va a poder dar respuesta a la demanda en cuanto al acceso de menores a las redes sociales. Se podrá verificar la edad del menor que accede y se registra a una red social o a una tienda online.

Como manifestamos con anterioridad, en España se han de tener 14 años para acceder a determinados contenidos de la web sin consentimiento paterno, ya que se considera que en esa edad el menor tiene la suficiente capacidad para hacerlo.

Notas

¹ Estudios de Consumo: *El impacto de la publicidad en el colectivo de la infancia y la adolescencia*. UNAE, Federación unión cívica de consumidores y amas de casa de Cataluña, pp. 2 y 3. En <http://www.unae.cat>.

² Los contenidos se clasifican según: El art. 7 de la Ley 7/2010, General de la Comunicación Audiovisual. 2. El art. 2 del RD 410/2002, de 3 de Mayo por el que se establecen criterios uniformes de clasificación y señalización para los programas de televisión. 3. El Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia al que se remite el artículo 7.6 de la LGCA. Sin perjuicio de las previsiones que se establecen en el artículo 7.6 de la Ley 7/2010 relativas a las instrucciones que dicte el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, son éstas las edades orientadoras.

³ Código de autorregulación para la defensa de los derechos del menor en los contenidos audiovisuales, conexos, interactivos y de información en línea de la corporación RTVE, pp. 2 y 3.

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Un marco para la publicidad dirigida a los niños y los jóvenes”, de 18 de septiembre de 2012. MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”. En *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. III, n. 10, junio 2013, p. 142.

⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”. En *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*. Vol. III, n.10, junio 2013, p. 139.

⁶ Entre otros, Código Deontológico de publicidad no sexista para la Comunidad Autónoma de Andalucía.

⁷ La realidad en torno a la aplicación de la ley nos viene dada en el Informe 2011 sobre la campaña de juegos y juguetes del Observatorio Andaluz de la Publicidad no Sexista, de la Conserjería para la Igualdad y el Bienestar Social de la Junta de Andalucía. al establecer, en términos generales que: El 63.64% de la publicidad sobre juegos y juguetes estudiados contiene tratamiento sexista e infringe algún punto del decálogo para la publicidad no sexista. Se mantiene el número de anuncios que contienen tratamiento sexista con respecto al mismo periodo del año anterior (63.49%). El 25.77% de los anuncios de juguetes examinados aparecidos en prensa, catálogos especializados y televisión han sido objeto de buenas prácticas. Aumenta en casi 3 puntos porcentuales (9.59%) el número anuncios de juguetes que destacan por no dirigir la publicidad a ningún sexo en concreto, con respecto al mismo periodo del año anterior. Respecto a los rasgos sexistas detectados en la publicidad estudiada; El 92.18% de los anuncios promueven modelos que consolidan pautas tradicionalmente fijadas para cada uno de los géneros (incumplimiento del punto 1 del decálogo para una publicidad no sexista). El 8.59% de los anuncios potencian estándares de belleza considerados como sinónimo de éxito (incumplimiento del punto 2 del decálogo para una publicidad no sexista). Por transmisión de estereotipos: El 40.79% de los anuncios estudiados corresponden a juegos imitativos de estereotipos orientados a chicas (mamás, atención y cuidado familiar, ama de casa, responsable de la limpieza del hogar, mujeres asociadas a los espacios privados y equiparar para la mujer los conceptos de belleza y éxito. Por tipología de juegos y juguetes: El 94.53% de los juguetes y juegos que pertenece a la tipología de aprendizaje personal contiene algún rasgo sexista en su publicidad (ejemplos: Nenuco y accesorios, Muñecas Bratz, muñecos de ToyStory, Air Raiders, Gormiti). Por el contrario, el 98.44% de los juegos educativos y el 97.66% de los juegos de mesa analizados siguen siendo ejemplos de

buenas prácticas publicitarias (ejemplos: Anatomicefa y Astrocefa, Aquadoodle, Cluedo, Bob Esponja). Destaca el descenso del tratamiento sexista detectado en la publicidad de los catálogos en formato papel de juegos y juguetes dirigidos a niñas y niños, publicados por grandes superficies (ejemplo: El Corte Inglés). Se observa una mejora en la manera de exponer sus productos, resultando más neutral y por tanto evitando la transmisión de roles de género tradicionalmente asociados a chicas y chicos. Resumen ejecutivo pp. 3 y 4.

⁸ Ley 25/1994, de 12 de julio, que incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, fue derogada por la actual Ley de Comunicación Audiovisual. El artículo 17 de la Ley 25/1994, establecía, bajo la rúbrica “Protección de los menores frente a la programación”, en lo que aquí nos interesa, las siguientes prescripciones: “1. Las emisiones de televisión no incluirán programas ni escenas o mensajes de cualquier tipo que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni programas que fomenten el odio, el desprecio o la discriminación por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, nacionalidad, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social. 2. La emisión de programas susceptibles de perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores sólo podrá realizarse entre las veintidós horas del día y las seis horas del día siguiente, y deberá ser objeto de advertencia sobre su contenido por medios acústicos y ópticos. Cuando tales programas se emitan sin codificar, deberán ser identificados mediante la presencia de un símbolo visual durante toda su duración. 3. Al comienzo de la emisión de cada programa de televisión y al reanudarse la misma, después de cada interrupción para insertar publicidad y anuncios de televenta, una advertencia, realizada por medios ópticos y acústicos, y que contendrá una calificación orientativa, informará a los espectadores de su mayor o menor idoneidad para los menores de edad. En el caso de películas cinematográficas esta calificación será la que hayan recibido para su difusión en salas de cine o en el mercado del vídeo, de acuerdo con su regulación específica. Ello se entiende sin perjuicio de que los operadores de televisión puedan completar la calificación con indicaciones más detalladas para mejor información de los padres o responsables de los menores. En los restantes programas, corresponderá a los operadores, individualmente o de manera coordinada, la calificación de sus emisiones.”

⁹ Entre otras y en la misma línea que las citadas, destacamos: Ley 1/1997, de 7 de febrero, de Menores de Canarias, artículo 36 y ss. Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de La Rioja, art.26 y ss. Ley núm. 17/2006, de 13 de noviembre. Integral de atención y de derechos de infancia y adolescencia de Illes Balears, art.46 y ss. Ley núm. 4/1997, de 10 de abril, de Medidas de prevención y control de la venta y publicidad para menores de edad de Extremadura. Ley núm. 2/1995, de 2 de marzo, de Prohibición de venta y publicidad a menores de bebidas alcohólicas de Castilla-La Mancha.

¹⁰ La European Advertising Standards Alliance (EASA), con sede en Bruselas, es “la voz única de la industria publicitaria europea en materia de autorregulación”. Este organismo engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria europeos y que está formada por 34 organismos de autorregulación de la UE, así como por organismos internacionales como Suiza, Turquía, Canadá, Sudáfrica, Brasil...y 16 asociaciones de la industria publicitaria europea. Entre sus objetivos se encuentra ser el interlocutor ante las Instituciones Europeas; la promoción y apoyo de la autorregulación (europea y nacional) y la coordinación del sistema de reclamaciones transfronterizas (cross-border complaints system).

¹¹ MORILLAS FERNÁNDEZ, Marta. “La protección jurídica de los menores ante la publicidad: una visión común de España y Portugal”. En *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, vol. III, n. 10, junio 2013, p. 134.

¹² Informe Anual 2012 del organismo europeo de autorregulación publicitaria (EASA). www.autocontrol.es

¹³ Artículo 37. LCD: “3. Las Administraciones públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin. 4. Los sistemas de autorregulación se dotarán de órganos independientes de control para asegurar el cumplimiento eficaz de los compromisos asumidos por las empresas adheridas. Sus códigos de conducta podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios, y deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativo a la red comunitaria de órganos nacionales de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente. 5. El recurso a los órganos de control de los códigos de conducta en ningún caso supondrá la renuncia a las acciones judiciales previstas en el artículo 32”. En relación a los códigos de conducta y la defensa de la publicidad legal, veraz y honesta, hemos de destacar a la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, formada por más del 70% de la inversión publicitaria de nuestro país. Se encarga de gestionar el sistema de autorregulación publicitario español, dividiendo su actividad en tres ámbitos: 1. Tramitación de las reclamaciones presentadas por los consumidores; 2. Elaboración de los códigos deontológicos y aplicación de éstos por el Jurado de la Publicidad; y 3. Servicio de consulta o CopyAdvice, que asesora sobre la corrección ética y legal de las campañas antes de su publicidad. Es el único organismo privado español reconocido por la Comisión Europea por cumplir los principios y requisitos, establecidos en la Recomendación 98/257/CE.

¹⁴ En la Unión Europea, el legislador comunitario ha recogido esta corriente en varias directivas, como en la Directiva 2002/58/CE sobre tratamiento de datos personales y protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas, así como en la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio sobre el comercio electrónico.

¹⁵ Código de corregulación de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud (código PAOS). www.autocontrol.es

¹⁶ MORENO NAVARRETE, M.A, “Aspectos jurídico privados de las tecnologías Web 2.0 y su repercusión en el derecho a la intimidad”, en VV.AA., *La Protección Jurídica de la Intimidad*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 335-7.

¹⁷ Guía Legal: Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad y a la propia Imagen en Internet. OBSERVATORIO DE LA SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, pp. 5 y ss. En www.inteco.es

¹⁸ El contenido de este apartado se encuentra desarrollado, en el Código mencionado. En www.autocontrol.es

O ENQUADRAMENTO LEGAL DA PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL NA UE: PRESENTE E FUTURO

J. PEGADO LIZ*

Advogado

Conselheiro do CESE (Bruxelas)

EXCERDOS

“Os diferentes parâmetros dos spots publicitários autorizados, o espaço entre os spots e as exceções conforme o tipo de programas são substituídos por uma regra geral segundo a qual a transmissão de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas, programas infantis e noticiários pode ser interrompida por publicidade e ou tele vendas uma vez por cada período de 30 minutos”

“A diretiva deveria ter previsto a possibilidade de os estados-membros atribuírem aos tribunais, quando existir um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitam exigir aos organismos de radiodifusão a apresentação de provas relativas à não retribuição da comunicação audiovisual”

“No que respeita à publicidade que utiliza crianças, relevam-se fundamentalmente os aspectos éticos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança, especialmente consagrados em variados textos convencionais internacionais e ao nível da União Europeia, de que se destacam hoje disposições da Carta dos Direitos Fundamentais”

“No que toca ao aspecto da publicidade dirigida especialmente a crianças, é mister ter presente que as crianças não filtram a comunicação publicitária, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que assumem todas as mensagens como verdadeiras e convertem-se em consumidores compulsivos”

*** Outras qualificações do autor**

Membro do Grupo Permanente sobre a Agenda Digital, perito da Comissão Europeia para a definição de uma lei europeia do contrato de seguro e juiz do Tribunal Arbitral CIMPAS.

“Um dos instintos humanos mais básicos é proteger um filho da dor e do sofrimento. As crianças representam o nosso futuro global e o desejo de guardá-las das muitas forças que podem destruir sua esperança e inocência é universal. Fazê-lo é uma parte essencial de nossa aspiração mais ampla de promover a segurança humana e criar sociedades estáveis e pacíficas.”

Lloyd Axworthy, ministro de Relações Exteriores do Canadá, Acra, Gana, Abril de 2002

(in “Honrar a Criança”, ed. Instituto Alana, 2009, p. 231)

I – Introdução e definição do objeto

1.1. Importa, antes de mais, deixar bem claro que o objeto deste texto não é a regulamentação da publicidade infanto-juvenil nos países europeus ou, sequer, nos países pertencentes à União Europeia¹.

1.2. Mas também não versa sobre a regulamentação europeia acerca do tema, pela simples razão de que ela praticamente não existe. Com efeito, é mister esclarecer desde já que a realidade sobre que nos debruçamos é uma ausência, um vazio legal. O que precisamente não existe ao nível da União Europeia é um quadro legal para a publicidade infanto-juvenil. Nessa medida o artigo não versa tanto sobre o direito constituído mas sobre o direito a constituir; não se refere preferencialmente à *legge lata* mas antes à *lege ferenda*.

1.3. Mais difícil ainda no tratamento do tema é o fato de a atitude política geral da Comissão Europeia vir sendo de recusa sistemática de incluir a publicidade infanto-juvenil como um tema autónomo e importante da agenda europeia. Por isso o presente artigo versa sobretudo as propostas que ao longo do tempo fundamentalmente o Comité Económico e Social Europeu tem envidado no sentido do reconhecimento deste tema a nível das instituições comunitárias e de como a Comissão Europeia tudo tem feito para o desvalorizar e minorizar, relegando-o sistematicamente para o nível nacional e pretendendo que se trata de uma “questão de gosto” ligada às diferenças culturais das sociedades civis.

II – O quadro legal da publicidade na UE

2.1. Para bem se compreender o âmbito e a dimensão da lacuna ou do vazio legal na UE quanto à publicidade infanto-juvenil é mister delinear, ainda que em traços gerais e sumários, o enquadramento legal da publicidade no sistema jurídico da UE.

2.2. Por manifesta falta de espaço não se fará aqui uma evocação histórica da regulamentação da publicidade na UE². Mas é pertinente recordar que as principais diretivas comunitárias sobre publicidade respondem à questão da necessidade de tratamento, a nível comunitário, de alguns aspectos da publicidade, no respeito dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade³.

2.3. Em particular, os aspectos da publicidade enganosa, da publicidade comparativa, da publicidade relativa a produtos alimentares e da publicidade através da radiodifusão são os domínios em que o legislador comunitário cedo sentiu a necessidade de introduzir alguma harmonização legislativa, com os objetivos determinantes de assegurar a eliminação ou diminuição de distorções na concorrência, de um lado, e de garantir uma adequada proteção dos consumidores, na altura de decidirem a aquisição de bens ou a utilização de serviços, de outro lado.

2.4. Pelo menos nestes aspectos, o legislador comunitário constatou ainda que as diferenças existentes nas legislações nacionais não só conduziam a uma proteção insuficiente ou, pelo menos, diversa, dos interesses em causa, mas constituíam um entrave à realização de campanhas publicitárias transfronteiras e, assim, dificultavam a livre circulação de produtos e de prestação de serviços e impediam, conseqüentemente, a realização do mercado interno.

2.5. No entanto, é bem claro que a União Europeia nunca pretendeu definir um código comunitário da publicidade. Limitou-se, ao contrário, a regular, supletivamente, alguns aspectos que deveriam ser objeto de aproximação nas legislações dos estados-membros, por considerar tratar-se de domínios essenciais onde a sua falta ou as diferenças nas legislações nacionais eram de molde a pôr em risco os valores antes mencionados, ou onde a própria autorregulação se revelava insuficiente para garantir um tratamento uniforme e satisfatório das situações.

No resto, a EU deixou ao critério e ao cuidado dos estados-membros a faculdade de regular, como melhor entendessem, a atividade publicitária.

2.6. Todas as diretivas mais antigas publicadas nesta matéria são, assim, diretivas de *harmonização mínima*, deixando aos estados-membros a possibilidade de “*manterem ou adotarem disposições que visem assegurar uma proteção mais extensa dos consumidores, das pessoas que exercem uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, bem como do público em geral*” (artº 7º da Diretiva 84/450/CE e artigo 2º, n. 9, da Diretiva 98/55/CE e artigo 19º da Diretiva 89/552/CE).

2.7. Neste entendimento, os domínios objeto de harmonização comunitária foram, especificamente, os seguintes:

- a) a publicidade enganosa e as suas consequências desleais;
- b) as condições segundo as quais a publicidade comparativa deve ser considerada lícita;
- c) os meios judiciais e não judiciais, adequados e eficazes, para lutar, preventiva e repressivamente, contra a publicidade enganosa e fazer respeitar as disposições relativas à publicidade comparativa;
- d) a etiquetagem e a publicidade relativa a produtos alimentares;
- e) a publicidade a remédios para uso humano e a serviços médicos;
- f) a publicidade através da televisão, e aí, em particular, as televendas, a publicidade ao tabaco, a medicamentos e a bebidas alcoólicas, e a proteção de menores.

Foram estes aspectos que, melhor ou pior, têm sido objeto de transposição nos direitos nacionais, sendo certo que os diversos relatórios periódicos relativos à aplicação das normas de transposição têm revelado diferenças substanciais ao nível da sua efetividade e da proteção dos consumidores, nos diferentes estados-membros.

É bem claro que a União Europeia nunca pretendeu definir um código comunitário da publicidade

2.8. De notar que *fora da harmonização comunitária, ainda que mínima, tem ficado, até hoje, a publicidade que usa crianças.*

2.9. Duas iniciativas mais recentes a nível comunitário merecem, no entanto, referência especial⁴:

a) A Diretiva 2005/29/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais; e

b) A Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento e do Conselho, de 10 de março de 2010, visando a alteração da Diretiva TV sem fronteiras.

2.10. A Diretiva 2005/29/CE⁵, relativa às práticas comerciais desleais, introduziu profunda alteração nos aspectos que mais diretamente nos interessam agora. Esta diretiva, ao regular o que apelida de “práticas comerciais desleais”, veio, no que em especial se refere à matéria de publicidade, provocar uma cisão entre o regime B2B e o regime B2C, que eram tratados conjuntamente, e sem distinção, nas anteriores diretivas sobre publicidade enganosa e comparativa e nos direitos internos dos estados-membros.

2.11. Com efeito, reconhecendo embora que *“as práticas comerciais desleais, incluindo a publicidade desleal (...) prejudicam diretamente os interesses*

económicos dos consumidores e consequentemente prejudicam indiretamente os interesses económicos de concorrentes legítimos”, a diretiva entendeu, no entanto, concentrar-se apenas nos primeiros.

Assim, a diretiva *“não abrange nem afeta as legislações nacionais relativas a práticas comerciais desleais que apenas prejudiquem os interesses económicos dos concorrentes ou que digam respeito a uma transação entre profissionais; (...) a presente diretiva também não abrange nem afeta as disposições da Diretiva sobre publicidade susceptível de enganar as empresas mas não os consumidores e sobre publicidade comparativa”* (considerando 6).

A diretiva deixa ainda para decisão futura e eventual a ponderação cuidadosa da *“necessidade de ações comunitárias no âmbito da concorrência desleal para além do âmbito da presente diretiva e se necessário fazer uma proposta legislativa para cobrir esses outros aspectos da concorrência desleal”* relativos a práticas comerciais *“que, embora não prejudiquem os consumidores, (possam) prejudicar os concorrentes e clientes das empresas”* (considerando 8).

2.12. Consequentemente, a diretiva altera, no sentido mencionado, as diretivas 84/540/CE e 97/7/CE, restringindo a sua aplicação aos “profissionais” e retirando delas as referências aos consumidores. Ou seja, após a publicação da Diretiva 2005/29/CE passaram a existir dois regimes distintos para a publicidade, um relativo às relações B2B e outro relativo às relações B2C.

2.13. A diretiva não dá uma justificação expressa para esta alteração. Mas é possível intuí-la de todo o espírito que alegadamente presidiu à elaboração deste novo dispositivo legal comunitário.

Com efeito, foi propósito, consumado na diretiva e comum a várias iniciativas recentes da Comissão à época, utilizar a técnica da harmonização máxima na proteção dos consumidores, em vez da harmonização mínima, constante das anteriores diretivas.

Essa intenção foi declarada logo no preâmbulo, onde se lê que, no intuito de assegurar *“o bom funcionamento do mercado interno e para satisfazer a necessidade de segurança jurídica”*, a diretiva determina um conjunto de *“regras uniformes ao nível comunitário que estabeleçam um nível elevado da proteção dos consumidores e de classificação de determinados conceitos legais”*, como forma de garantir a eliminação de *“obstáculos à livre circulação de serviços e de produtos para lá das fronteiras”*.

2.14. O resultado a que, inequivocamente, se chegou foi a existência de dois regimes jurídicos distintos para práticas comerciais idênticas relativas à publicidade enganosa e comparativa, consoante os seus destinatários sejam os consumidores ou os profissionais.

Era bem de ver a extrema dificuldade que esta distinção iria trazer para a transposição da diretiva nos direitos nacionais que, corretamente, haviam concebido unitariamente o seu regime legal para a publicidade.

Com efeito, não se trata apenas de justapor um novo regime, alegadamente apenas para os consumidores, mas de tornar coerente todo um conjunto de disposições legais que foram pensadas para um único regime, e de proceder à sua compatibilização.

Acresce, aliás, que a distinção é, em si mesma, um total *non-sense*, porquanto, na prática, será difícil ou quase impossível dizer quais as práticas comerciais de publicidade desleal que apenas afetam os consumidores e aquelas que unicamente lesam os profissionais concorrentes.

Aliás, e ao contrário, a tendência mais recente vai exatamente no sentido oposto de tornar cada vez mais imbricadas a concorrência e a proteção dos consumidores, quase como as duas faces da mesma moeda⁶.

2.15. A diretiva não só veio, assim, criar uma dificuldade acrescida na elaboração dos direitos nacionais da transposição, como em nada contribuiu para a segurança e a certeza jurídicas na apreciação dos eventuais conflitos pelos tribunais, a quem a questão das diferenças de regime consoante os destinatários – pela própria dificuldade de decisão da questão prévia sobre quem será o destinatário de uma dada prática – está já a colocar difíceis problemas de interpretação, objeto eventual de necessários recursos, incluindo para o Tribunal da Justiça, para esclarecer o alcance exato da diretiva.

Isto, obviamente, sem se entrar na análise de fundo e de mérito das disposições da diretiva nesta matéria e da sua transposição, que aqui não cabe por razões óbvias de espaço e de que se tratou noutros locais, como se deixou referido.

2.16. Importa referir, no entanto, que, ainda que de forma ambigua e não totalmente assumida, a Comissão veio recentemente reconhecer a necessidade de ser considerada a definição de certas práticas comerciais desleais entre empresas, na sua Comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre *“Proteger as empresas contra práticas comerciais enganosas e garantir uma aplicação efetiva das normas”* com vista à revisão da Diretiva 2006/114/CE, relativa à publicidade enganosa e comparativa⁷.

2.17. A outra iniciativa relevante da Comissão nesta área é a *Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas regulamentares e administrativas dos Estados-membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social*

*audiovisual (Diretiva SCSA)*⁸, com vista a alterar a diretiva usualmente conhecida como “Televisão sem fronteiras”⁹.

Anunciada como uma iniciativa abrangente para a totalidade dos serviços audiovisuais¹⁰, a nova proposta viu o seu âmbito reduzido, após a Conferência de Liverpool, apenas aos “serviços de comunicação social audiovisual” e, aí, avultando as “comunicações comerciais audiovisuais”, definidas como todo o tipo de imagens em movimento, com ou sem som, que acompanham os serviços de comunicação audiovisual, com a intenção de promover, direta ou indiretamente, a aquisição de bens e serviços.

2.18. Foi, na realidade, neste domínio que se pretendeu introduzir uma das mais significativas alterações ao regime existente.

Com efeito, apesar de se manter a proibição da “publicidade oculta”, introduz-se uma nova definição referente à colocação de produtos ou serviços, o chamado *product placement*, o qual, apesar de se definir de modo muito similar, poderá ser lícito, desde que cumpra uma série de requisitos (art. 11, n. 3).

Também no que se refere às pausas para publicidade, a diretiva reduz consideravelmente as regras para simplificar e flexibilizar, em grande parte, os critérios de aplicação.

Os diferentes parâmetros dos spots publicitários autorizados, o espaço entre os spots e as exceções conforme o tipo de programas são substituídos por uma regra geral segundo a qual a transmissão de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas, programas infantis e noticiários pode ser interrompida por publicidade e ou televentas uma vez por cada período de 30 minutos (art. 20, n. 2).

Relativamente ao tempo de transmissão dedicado às diferentes formas publicitárias, mantém-se apenas o critério geral de 20% por hora para anúncios publicitários, televentas e outros formatos curtos promocionais, bem como a exceção relativa ao cálculo de duração para os anúncios da empresa de radiodifusão televisiva aos seus próprios programas e produtos conexos diretamente relacionados com esses programas e aos anúncios de patrocínios, que agora se estende também à colocação de produtos (art. 23).

2.19. Independentemente das muitas críticas que se podem fazer ao texto da diretiva, em especial pela oportunidade perdida que ela representa relativamente às várias questões que haviam de ter sido equacionadas e resolvidas, e o não foram, apesar de reclamadas pela generalidade dos interessados, o que sobressai no novo texto é a total cedência aos interesses dos publicitários, em detrimento manifesto dos consumidores/telespectadores.

2.20. O primeiro reparo vai, desde logo, para a definição de comunicação audiovisual comercial proposta pela Comissão, por excessivamente restritiva e reproduzir mecanicamente a definição de serviços de comunicação audiovisual.

Se é aceitável que estes se definam como “imagens em movimento, com ou sem som”, fazendo da imagem em movimento *conditio sine qua non* da existência de tais serviços de comunicação audiovisual e deixando, assim, fora do âmbito de aplicação, a radiofusão sonora, no entanto, as comunicações audiovisuais comerciais podem utilizar imagens estáticas (por exemplo, um logotipo ou um cartaz publicitário) ou sons isolados e sem imagem (por exemplo, uma menção verbal de marca ou um indicativo sonoro comercial).

Pareceria preferível, neste sentido, definir a comunicação audiovisual comercial como “imagens ou sons que acompanham os serviços de comunicação audiovisual orientados para a promoção, direta ou indireta, dos bens, serviços ou imagem de uma pessoa singular ou coletiva dedicada a uma atividade económica”.

Fora da
harmonização
comunitária, ainda
que mínima, tem
ficado, até hoje,
a publicidade que
usa crianças

2.21. Por outro lado, a proposta diretiva mantém o critério anterior de considerar publicidade televisiva a que é emitida contra remuneração. Ora julga-se antes que o critério definidor da sua natureza deveria ser a intenção de promover produtos e serviços e não a remuneração, em conformidade com outras definições comunitárias como a constante, por exemplo, da diretiva sobre publicidade enganosa. Tal evitaria a possibilidade de emissão de mensagens publicitárias de produtos cuja publicidade em televisão está proibida ou de mensagens publicitárias ilícitas, que atualmente podem aparecer no ecrã, enquanto não se demonstre, de maneira fidedigna, a existência de remuneração e, portanto, o seu carácter de publicidade televisiva. E o mesmo se deve dizer da referência ao requisito da remuneração na definição de televidas.

Em todo o caso, a diretiva deveria ter previsto a possibilidade de os estados-membros atribuírem aos tribunais, quando existir um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitam exigir aos organismos de radiodifusão a apresentação de provas relativas à não retribuição da comunicação audiovisual. Em caso contrário, deveria presumir-se o carácter comercial dessa comunicação, invertendo-se o ónus de prova.

2.22. A diretiva mantém praticamente nos mesmos termos a definição anterior de publicidade oculta. Ora, tal definição deveria aplicar-se à comunicação audiovisual comercial no seu conjunto e não só à publicidade televisiva, de cada vez que no articulado se proíbe expressamente a comunicação audiovisual comercial oculta.

Aliás, o conceito de comunicação audiovisual comercial oculta deveria ser mais extenso do que o que é formulado na diretiva e incluir:

- a apresentação ou referência dos bens e serviços, não só através de palavras ou imagens, mas também de sons (por exemplo, um indicativo sonoro comercial associado a determinada marca ou produto);

- quanto ao conteúdo dessa apresentação ou referência, não só o nome, marca ou atividades do fabricante de produtos, mas também outros sinais distintivos da oferta, quando estes se lhe associem de forma inequívoca (por exemplo, um determinado tipo de embalagem, ou um slogan, mesmo que não mencione a marca).

2.23. Por seu turno a diretiva manteve, na linha da diretiva anterior de 1989, a proibição de utilizar técnicas subliminares na comunicação audiovisual comercial. Todavia não se inclui no texto qualquer definição das referidas técnicas, as quais deveriam constar expressamente, fazendo referência ao emprego de estímulos visuais ou sonoros difundidos em intensidade que se situam no limiar de percepção dos sentidos e percebidos abaixo do limiar da consciência.

Acresce que a diretiva prevê que a promoção da oferta na comunicação audiovisual comercial possa ser tanto direta como indireta. Da mesma forma, em alguns casos, como no dos cigarros e dos outros produtos do tabaco, também é proibida essa comunicação comercial, mesmo quando é indireta. No entanto, o texto não inclui uma definição desta modalidade de comunicação audiovisual comercial. Julga-se que se deveria ter esclarecido expressamente este conceito, fazendo referência ao fato de que, mesmo que não haja uma apresentação direta dos produtos ou uma referência direta a estes, se utilizam marcas, símbolos ou outras características distintivas de tais produtos ou empresas cujas atividades principais ou conhecidas incluam a sua produção ou comercialização.

2.24. Mas é na nova regulação para a “colocação de produtos”, que o conflito de interesses é mais evidente e a cedência ao lobby dos publicitários se torna mais patente.

É certo que, já anteriormente, a prática tinha conduzido a que, apesar de proibida como publicidade oculta, a tendência geral era no sentido de nem

sequer considerar o *product placement* como publicidade televisiva, escapando a qualquer controle, em particular depois da Comunicação Interpretativa da Comissão de 28 de Abril de 2004 o ter considerado consentâneo com a letra da diretiva então em vigor¹¹.

No entanto, não foi demonstrado, nem o estudo de impacto e os elementos estatísticos que acompanharam a proposta da diretiva alguma vez o justificaram cabalmente, que uma maior flexibilização das normas relativas à colocação do produto contribuisse para o reforço efetivo da concorrência da indústria audiovisual europeia para compensar a previsível perda de receitas provenientes dos espaços publicitários tradicionais, como resultado de novas tecnologias que permitem aos utilizadores evitar os anúncios.

Certo é que esta prática, agora lícita, apesar das limitações de que é rodeada, mas que vários operadores logo se encarregaram de circundar impunemente, constitui uma entorse fundamental aos princípios que regem a publicidade e representa uma ofensa grave à proteção devida aos consumidores neste domínio.

Mesmo compartilhando da opinião daqueles que acham que esta seria uma batalha perdida à partida, em face do peso dos lobbies que sustentam a tese adversa, apadrinhada pela Comissão, sempre se julga que, pelo menos na definição de colocação de produto, se deveriam ter destacado, como elementos distintivos desta prática, a intenção promocional por parte do organismo de radiodifusão e a falta de advertência visual ou acústica ao público sobre o caráter promocional durante (isto é, simultaneamente) a tal colocação, face ao que acontece com outros formatos publicitários, como as telepromoções.

Por outro lado, deveria igualmente ter-se estabelecido que a colocação do produto não pode influir de tal modo na programação que afete a sua independência ou integridade, como já previsto para outros tipos de formatos promocionais, e precisar as restrições que o afetam, proibindo não só a colocação no caso de publicidade proibida, mas também no caso de publicidade a quaisquer medicamentos e igualmente a todas as bebidas alcoólicas.

Ao contrário do que se esperaria dos estados-membros, no uso da faculdade que a diretiva lhes conferiu de, no seu direito interno e na transposição da diretiva, consagrarem regimes mais estritos para a colocação de produtos, o que se verificou foi que por força do poder de influência dos lobbys em causa, tal não aconteceu e, de todo o modo, mesmo a ter ocorrido, sempre seria contribuir ainda mais para a desarmonia dos regimes nacionais, precisamente o que a diretiva alegadamente tentava eliminar.

2.25. Finalmente por manifesta deficiência técnica na elaboração do articulado, a diretiva apresenta algumas diferenças totalmente injustificadas quando se trata de estabelecer restrições para os serviços de comunicação audiovisual e para as comunicações audiovisuais comerciais a elas associadas.

Assim, fala-se, em relação aos serviços de comunicação social, da proibição do “incitamento ao ódio com base no sexo, na raça, na religião ou na nacionalidade”; em relação às comunicações audiovisuais comerciais, refere-se antes à “discriminação com base no sexo, na religião ou credo, na incapacidade, na idade ou na orientação sexual”.

Menciona-se, falando de serviços de comunicação audiovisuais, de “afetar seriamente o desenvolvimento físico, mental ou moral” (art. 27º), quando, no caso das comunicações audiovisuais comerciais, a menção se limita a que “não devem prejudicar moral ou fisicamente os menores” (art. 9º n. 1 al. g)). Também não se inclui, em relação a estas comunicações, a proibição de incitar ou fomentar condutas violentas e antissociais, bem como os maus tratos a animais, restrições que deveriam estender-se, na sua máxima expressão, tanto aos serviços de comunicação audiovisual como às comunicações audiovisuais comerciais.

Por outro lado, o texto aparece carregado de conceitos indefinidos ou cuja definição não é atribuída a ninguém como, por exemplo, as noções de “equipamento grande público standard”, “integridade dos programas” para os efeitos de interrupção publicitária, “abuso ou comportamento fraudulento”, “prejudicar seriamente”, “técnicas subliminares”, “impacto significativo”.

Tudo a revelar grande ligeireza e falta de cuidado na sua redação e técnica jurídica particularmente deficiente, e a colocar tantíssimos problemas acrescidos de transposição e de compatibilização com o todo jurídico nacional dos estados-membros.

III – Algumas notas sobre publicidade e crianças

3.1. É sabido como as crianças são um alvo apetecível e rentável para a publicidade, especialmente em tempos de crise como os atuais, bem como são igualmente conhecidos os perigos para a sua saúde física e psíquica e para a sua formação moral e desenvolvimento da sua personalidade que daí advém.

Outros terão a oportunidade de desenvolver com mais ciência e saber este tema, dos pontos de vista da saúde, da psicologia, da sociologia e da ética.

Alguns elementos importa, no entanto referir para, da sua consideração e ponderação, se aquilatar bem do déficit comunitário nesta matéria.

3.2. Numa abordagem inicial ao fenómeno das relações entre publicidade e as crianças, uma primeira distinção se impõe:

a) de um lado, a publicidade que utiliza as crianças como veículo da sua mensagem comercial em qualquer das suas formas;

b) de outro lado, a publicidade dirigida às crianças, com incitamentos diretos ou indiretos ao consumo de bens ou de serviços; e

c) finalmente, a publicidade em geral que, embora lhe não seja dirigida especificamente, pode afetar as crianças dos pontos de vista físico, mental ou moral.

3.3. No que respeita à *publicidade que utiliza crianças*, relevam-se fundamentalmente os aspectos éticos da dignidade da pessoa humana e dos direitos da criança, especialmente consagrados em variados textos convencionais internacionais e ao nível da União Europeia, de que se destacam hoje disposições da Carta dos Direitos Fundamentais (artigos 1º, 2º, alínea c, e em especial 24º e 32).

Para além destas declarações programáticas, é, contudo, como se verá, o aspecto em que se verifica o maior *vazio legislativo no âmbito da União Europeia*.

3.4. No que toca ao aspecto da *publicidade dirigida especialmente a crianças*¹², é mister ter presente que as crianças não filtram a comunicação publicitária, especialmente quando a mensagem é excessiva e marcada pela repetição à exaustão do mesmo anúncio, pelo que assumem todas as mensagens como verdadeiras e convertem-se em consumidores compulsivos. E este efeito é tanto mais forte quanto mais desfavorecido é o meio socioeconómico. Mesmo as mensagens e avisos contidos na publicidade não são compreendidas pelas crianças e não podem ser consideradas como um fator preventivo ou dissuasório¹³.

3.5. Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade. Contudo, cada vez mais as crianças, e crianças de tenra idade, têm acesso a televisão e à internet no quarto, o que torna esta atividade um ato solitário e não controlado.

Outro fator que aumenta a exposição de crianças a anúncios publicitários e técnicas de marketing é a crescente penetração da internet nos hábitos diários dos mais novos, hoje potenciada pela utilização incontrolada das redes sociais desde idades muito baixas e onde a publicidade joga um papel relevante¹⁴. Como curialmente se menciona em relatório do PE, «a Internet é atualmente,

a verdadeira companhia dos jovens, muitas vezes mais do que a própria família, a escola e os amigos»¹⁵. Estudos recentes, como o «*Kids online*», demonstram que 38% das crianças dos 9 aos 12 anos já têm perfis «online» e essa percentagem cresce para 78% dos 13 aos 16 anos¹⁶.

Muitas marcas de brinquedos e entretenimentos dispõem de sites onde as crianças podem jogar e divertir-se online, ao mesmo tempo que são alvos de estratégias de persuasão e de fidelização a marcas.

Por outro lado, é diferente a percepção da publicidade em função das diferentes faixas etárias. Até aos cinco anos, as crianças são incapazes de perceber as diferenças entre programação e anúncios. E mesmo que consigam, a partir daí, conceptualizar a diferença, não reconhecem à publicidade a sua função persuasiva. Esta competência só surge por volta dos oito anos, e ainda assim não para todas as crianças. Mesmo quando começam a reconhecer que o intuito da publicidade é vender produtos, isso não significa que as crianças possam reconhecer que as mensagens são tendenciosas, enfatizando aspectos positivos e negligenciando outros mais negativos do produto em causa.

3.6. Quando as crianças mais velhas veem o anúncio como um fator de entretenimento, o impacto é maior. Uma maior capacidade de processamento de mensagens publicitárias das crianças mais velhas não as torna necessariamente imunes à publicidade e aos seus intentos na medida em que outras técnicas de persuasão mais sofisticadas e igualmente eficazes permitem influenciar os seus comportamentos.

3.7. O desenvolvimento de competências cognitivas e interpretativas através de programas de educação para a mídia tem um impacto positivo na interação com a publicidade. Maiores níveis de literacia mediática e uma maior compreensão dos mecanismos e efeitos da publicidade, por parte de pais e filhos, não constituem, contudo, uma solução global para os efeitos nocivos da publicidade dirigida a crianças.

A preparação de crianças como futuros adultos consumidores e espectadores de anúncios publicitários, através da aposta na literacia mediática e na sua capacitação desde a mais tenra idade, é essencial. No entanto, tal não resolve de imediato o problema do impacto da dimensão excessiva e repetitiva dos anúncios, assim como pode não atingir todas as crianças, em especial as de meios socioeconómicos mais desfavorecidos e as mais afetadas pelos efeitos nocivos da publicidade.

3.8. No que se refere em especial ao incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobre-endividamento, a comunicação comercial dirigida a crianças estimula hábitos de consumo pautados pelo excesso, criando desejos

artificiais que não correspondem a necessidades reais, sobrevalorizando o “ter” em detrimento do “ser” e forjando um conceito falso de “felicidade”. Estatísticas demonstram que 54% dos adolescentes se sentem pressionados a comprar produtos só porque os seus amigos têm, ou seja, o consumo acaba por ser fator de inclusão social.

3.9. Há uma associação positiva entre a exposição a anúncios publicitários e os pedidos de compra aos pais. Os conflitos familiares, relacionados com a exposição à publicidade e pedidos de aquisição, surgem em todas as famílias mas sobretudo em famílias de estatuto socioeconómico mais baixo, cujas crianças passam mais tempo à frente da televisão.

Por incapacidade financeira ou menor capacidade de diálogo, as famílias de baixos recursos acabam assim por ser mais penalizadas pela publicidade.

3.10. O consumismo incentivado pela publicidade tem ainda como consequência a adesão em massa de crianças e jovens a determinadas marcas, criando situações problemáticas para os menores que a elas não tem acesso. Uma dessas situações é o “bullying de marca” em ambiente escolar, que afeta severamente crianças que não usam essas marcas, empurrando-as muitas vezes para contextos de exclusão, violência e infelicidade pessoal, gerando sofrimento que pode conduzir à entrada na criminalidade, pela via do furto ou do roubo.

A comunicação
comercial dirigida
a crianças estimula
hábitos de
consumo pautados
pelo excesso

3.11. No que respeita à publicidade que incita ao consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental, destaca-se a influência dos filhos nas decisões de compra de alimentos, nomeadamente na preferência por refeições pré-preparadas ou pelo *fast food*. O apelo aos maus hábitos alimentares é uma constante na publicidade infantil.

A obesidade infantil é já um enorme problema. Segundo a Consumers International, uma em cada 10 crianças no mundo está acima do peso ou obesa; também, atualmente são referenciadas 22 milhões de crianças com menos de 5 anos com excesso de peso e as causas apontadas são o aumento do consumo de produtos ultraprocessados, ricos em açúcar e gordura¹⁷.

3.12. Os valores da exposição de crianças a anúncios publicitários relacionados com alimentos são substanciais. Embora alguns autores não encontrem uma relação direta entre o aumento da taxa de obesidade e um crescimento do tempo de exposição a este tipo de anúncios, a crescente adesão

das crianças aos canais de televisão por cabo aumentou o tempo de exposição a estes anúncios.

Por outro lado, a sua natureza modificou-se, introduzindo na sua composição fatores de maior sofisticação no marketing dos produtos, que aumenta a sua eficácia persuasória¹⁸.

3.13. A publicidade pode também ter consequências em relação a desordens alimentares, como a anorexia ou a bulimia. As crianças e os adolescentes são expostos a modelos de corpo e imagem pessoal dos jovens que incorporam os anúncios. A incidência em jovens, normalmente do sexo feminino, de um padrão corporal magro acentua um ideal de beleza que incita a comportamentos alimentares que podem colocar vidas em risco.

3.14. A Associação de Psicólogos norte-americanos considera mesmo que a publicidade dirigida a menores de 8 anos deveria ser limitada (ou proibida) dada a incapacidade das crianças desta idade em processar os intuitos persuasivos dos anúncios. Esta proibição visa limitar as consequências adversas da publicidade na promoção de hábitos alimentares não saudáveis, no desencadear de conflitos entre pais e filhos pelos pedidos de compras de produtos anunciados e na exposição à violência.

3.15. Estas preocupações, apesar de já inscritas em várias legislações de estados-membros e de países não europeus, por diferentes e variadas formas, *não foram, até agora, devidamente assumidas a nível comunitário, de forma harmonizada e sistemática, o que constitui outra grave lacuna.*

3.16. Finalmente no que se refere à *publicidade em geral que pode afetar gravemente a formação psíquica e moral das crianças*¹⁹, destacam-se as situações de publicidade que incita à violência ou a certos tipos de comportamentos violentos, como é o caso da publicidade à venda de brinquedos ou jogos que apelam a comportamentos violentos.

3.17. Estudos fidedignos demonstram os efeitos prejudiciais da exposição à violência na mídia, nomeadamente pela promoção de comportamentos agressivos, de uma maior receptividade à violência e de um aumento da hostilidade. A própria saúde mental pode ser afetada por este consumo de conteúdos violentos, levando a situações de ansiedade, medo, perturbações do sono e hiperatividade. É necessária uma maior consciência sobre as implicações destes problemas, que afetam diferentemente rapazes e raparigas.

3.18. As “celebridades” são cada vez mais usadas em anúncios de produtos que podem ser prejudiciais à saúde, como o álcool ou o tabaco. A associação a estes produtos de um estilo de vida considerado atrativo, incluindo o conhecido fenómeno da escolha dos “heróis” e de “padrões sociais de

comportamento” ou de “estilos de vida” como definidores da personalidade, explorados pelos métodos publicitários, incentiva a vontade de consumo e cria deles uma percepção positiva.

3.19. De outro lado, a excessiva carga sexual ou conteúdos eróticos, quando não mesmo pornográficos, conduzem a uma erotização precoce das crianças, em especial quando são elas mesmas utilizadas como objetos de caráter sexual no anúncio de produtos de beleza, de roupas ou outras. Isto determinou que várias marcas famosas tenham sido obrigadas a retirar publicidade pelo fato de promoverem a sexualização de crianças, em consequência do repúdio da sociedade pela utilização do corpo de menores em anúncios²⁰.

3.20. O normal desenvolvimento psicológico e moral das crianças é afetado pela publicidade com conteúdo erótico ou pornográfico fazendo apelo a comportamentos sexuais perversos, pervertidos ou excessivos²¹. Uma parte substancial da publicidade é de caráter sexista e sexual e tende a dar preeminência ao sexo masculino utilizando a mulher como objeto de desejo, muitas vezes em situação de inferioridade ou de subserviência, quando não mesmo violentada.

3.22. Largamente regulada em diversos estados-membros, mas de modo bastante diverso, esta é também uma matéria que *deveria merecer uma consideração atenta no âmbito comunitário, o que até agora não sucedeu*.

3.23. Forçoso é constatar que as disposições legais nacionais e os procedimentos adotados pelos profissionais da publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial, relativos a crianças, nos diferentes estados-membros, são tudo menos uniformes.

3.24. Não é dispiciendo considerar a importância económica do mercado da publicidade e do marketing na Europa.

Trata-se, contudo, de um mercado volátil, altamente competitivo, sujeito às flutuações da moda e particularmente sensível às consequências das crises económicas e financeiras em que a possibilidade de utilização de certos meios pode ser decisiva para o desenvolvimento em certos mercados nacionais. Significa isto que diferenças marcadas na regulação nacional sobre publicidade pode não só influir nos resultados como constituir barreira ao seu desenvolvimento no mercado interno e fonte de discriminação e de concorrência menos leal.

3.25. No segmento infanto-juvenil, setor reconhecidamente pujante no conjunto do negócio da publicidade e em franca expansão²², as diferenças marcadas nas regulamentações nacionais e as diferentes exigências colocam as empresas publicitárias em posição de desigualdade, obrigando-as a

despesas acrescidas de adaptação das suas campanhas a diferentes requisitos e exigências legais, e favorecem práticas de concorrências menos corretas para tentar contornar essas dificuldades e ganhar mercados.

3.26. Daí que uma harmonização legislativa, definindo condições idênticas em toda a Europa, realizando o mercado interno neste domínio, possa contribuir decisivamente para um mercado mais transparente e seja desejável pela generalidade das empresas do setor que, assim, poderão desenvolver os seus negócios com base nas suas competências e capacidades orientadas para a satisfação efetiva dos consumidores, e não explorando as diferenças legislativas nacionais em detrimento de uma sã e leal concorrência.

IV – A proteção dos menores no quadro da legislação comunitária sobre publicidade

4.1. Qual então o quadro legal comunitário relativo à proteção dos menores em face da publicidade e dos fenómenos e efeitos para as crianças que lhe andam associados? Como se disse e se passa a demonstrar, pouco mais do que nada.

4.2. Desde logo, forçoso é constatar que as disposições legais nacionais e os procedimentos adotados pelos profissionais da área por via da autorregulação e de certos “códigos de conduta” sobre a publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial, relativos a crianças, nos diferentes estados-membros, são tudo menos uniformes²³.

4.3. Por seu turno, as parcas normas sobre publicidade relativas a crianças, que se acham dispersas em textos avulsos do acervo comunitário, foram, na maior parte dos casos, diversamente transpostas e são diferentemente aplicadas nos estados-membros, como a própria Comissão o reconhece na sua Comunicação «Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha»²⁴, no seu Relatório «Proteger as crianças no mundo digital»²⁵ e na «Estratégia europeia para uma internet melhor para as crianças»²⁶. Com efeito, se uma generalidade de estados-membros se limitou à transposição minimalista das diretivas comunitárias, outros como a Áustria, a Dinamarca, a Finlândia ou a Suécia aplicam normas mais estritas, que chegam à proibição de publicidade dirigida a menores²⁷.

4.4. Com efeito, desde o Livro Verde da Comissão relativo à comunicação comercial no mercado interno²⁸, o acervo comunitário nesta matéria foi-se sedimentando por uma pluralidade de normas que, sucessivamente, se foram

substituindo, revogando e emendando, para se chegar a um quadro de regras plúrimas, herméticas, dificilmente compatíveis e por vezes contraditórias, de que se destacam:

A) Dois únicos textos legais comunitários de carácter geral com força vinculativa:

a) a **Diretiva 2010/13/EU, de 10 de março de 2010**²⁹ (Serviços de Comunicação Social Audiovisual), que inclui expressamente no seu âmbito a “comunicação comercial audiovisual” e que toma em especial consideração a proteção do “desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e a dignidade humana”, permitindo aos estados-membros estabelecer normas mais rigorosas mesmo nos domínios coordenados, em especial se estiver em causa a proteção de menores, a luta contra o incitamento ao ódio e o respeito da dignidade humana (harmonização mínima);

b) a **Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005**³⁰, relativa às práticas comerciais desleais, diretiva de harmonização total que regula as práticas de publicidade em geral, que inclui disposições que visam impedir a exploração dos consumidores vulneráveis; *sem nunca se referir à publicidade com menores*, a diretiva estipula que as práticas comerciais que são susceptíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo de consumidores particularmente vulneráveis à prática ou ao produto subjacente, em razão, nomeadamente, da sua idade ou credulidade, e de uma forma que se considera que o profissional o poderia ter previsto, devem ser avaliadas do ponto de vista do membro médio desse grupo.

Importa no entanto salientar que, apesar de contemplar esta disposição relativa a práticas comerciais dirigidas a «grupos claramente identificáveis de consumidores especialmente vulneráveis», designadamente em razão «da sua idade ou credulidade», a presente diretiva não logrou ser interpretada como impeditiva das práticas antes descritas, nem transposta ou aplicada com esse sentido nos estados-membros.

Aliás, a diretiva não vai contra a prática publicitária, que é considerada corrente e legítima, de fazer afirmações exageradas ou afirmações que não são destinadas a ser interpretadas literalmente, nem se pronuncia sobre as questões do “bom gosto e da decência”, cuja apreciação e definição são deixadas ao critério dos estados-membros³¹.

Um único ponto específico é ressaltado na diretiva quanto a certas práticas que incitam as crianças a comprarem um produto que é publicitado ou a convencerem os pais ou outros adultos a comprarem esses produtos (“poder de insistência”).

B) Alguns textos comunitários sem força coerciva:

a) a **Recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998** relativa ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação através da promoção de quadros nacionais conducentes a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana³², primeiro texto legal comunitário onde, no domínio da UE, se equaciona a problemática do conteúdo do audiovisual e dos serviços da internet e se exprimem preocupações com a proteção dos menores, embora relegando tudo para a competência dos estados-membros e para a autorregulação;

b) a **Recomendação do PE e do Conselho de 20 de dezembro de 2006** relativa à proteção de menores e da dignidade humana e do direito de resposta³³ onde explicitamente se refere a necessidade de serem tomadas medidas legislativas ao nível da União para proteção do desenvolvimento físico mental e moral dos menores em relação aos conteúdos audiovisuais e de informação, constatando a “insuficiência da autorregulação”, *mas que nunca se chegaram a concretizar*.

Aí se incentiva à adoção de “uma série de medidas susceptíveis de fomentar a educação para a mídia, tais como, por exemplo, a formação contínua de professores e formadores, a aprendizagem específica da internet destinada às crianças desde a mais tenra idade, incluindo sessões abertas aos pais, ou a organização de campanhas nacionais junto dos cidadãos, envolvendo todos os meios de comunicação social, de modo a divulgar informações sobre a utilização responsável da internet”.

c) A **Recomendação 2003/54/CE, de 2 de dezembro de 2002**³⁴, relativa à prevenção do tabagismo, e a **Diretiva 2003/33/CE, de 26 de maio de 2003**³⁵, relativa à publicidade, ao patrocínio e à promoção a produtos do tabaco.

d) A **Recomendação 2001/458/CE, de 5 de junho de 2001**³⁶, relativa ao consumo do álcool por crianças e adolescentes, fundamentalmente centrada na autorregulação.

C) A Decisão-Quadro 2004/68/JAI, do Conselho, de 22 de dezembro de 2003³⁷, relativa à luta contra a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, que define o que se deve entender por “criança” no âmbito do direito comunitário de proteção às crianças³⁸.

D) A Decisão 1351/2008/CE, do PE e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, instituindo um programa comunitário plurianual com vista a proteger as crianças aquando da utilização da internet e de outras tecnologias de comunicação³⁹.

4.5. Nenhuma destas disposições considera que, para proteção dos menores e da dignidade humana, se deva proceder a qualquer “controle prévio” em obediência a princípios fundamentais de liberdade de expressão, conforme é doutrina bem firmada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em aplicação da respectiva Convenção Europeia⁴⁰.

Com carácter geral apenas se determina aos estados-membros que assegurem que as emissões televisivas (aí se devendo entender que estão incluídas as comunicações comerciais) não incluam *programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores*, nomeadamente programas que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita, *salvo se precedidos de um “sinal sonoro” ou acompanhados de um “símbolo visual”, mas exceptuando as emissões em que pela “hora de emissão” ou por “quaisquer medidas técnicas” se possa assegurar que, “em princípio, os menores não verão nem ouvirão essas emissões”*.

A EU deixou
ao critério e ao
cuidado dos
estados-membros a
faculdade de regular,
como melhor
entendessem, a
atividade publicitária

4.6. Com o argumento de que existem “crescentes possibilidades de os espectadores evitarem a publicidade” e *sem ter em conta a especificidade da criança como “espectador passivo e não reativo à publicidade”*, as normas vigentes deixaram cair as limitações relativas à inserção dos “spots” publicitários, desde que não atentem gravemente contra a integridade dos programas.

4.7. As *únicas proibições expressas que hoje existem a nível comunitário* reportam-se exclusivamente aos *cigarros e aos produtos à base de tabaco, a medicamentos e tratamentos médicos apenas disponíveis mediante receita médica e à publicidade “oculta” e “subliminar”*, embora excluindo desta proibição a “colocação de produto” (apesar de considerar que ela “deveria em princípio ser proibida”), sempre que o “espectador seja devidamente informado da sua existência” e a “critérios rigorosos” de publicidade a bebidas alcoólicas.

4.8. *Apenas no que se refere a publicidade a bebidas alcoólicas, estatui-se que não deve ter os menores como público-alvo*. Em todos os restantes aspectos relacionados com o prejuízo físico, mental ou moral dos menores, como seja o incitamento direto aos menores ou indireto a seus pais para a aquisição de bens ou serviços publicitados, aproveitando-se da sua inexperiência ou credulidade, ou a publicidade “incluída em programas infantis, relativa a alimentos e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico, tais como, nomeadamente, as gorduras, os ácidos gordos trans, o sal/sódio e os açúcares”,

as normas vigentes limitam-se a uma recomendação genérica ou simplesmente a uma remissão vaga para “códigos de conduta”.

4.9. Para além disso, a Comissão tem-se multiplicado em *iniciativas avulsas e não integradas de carácter meramente programático, e sem tradução normativa cogente*, de que se destacam:

a) a Comunicação da Comissão “Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança” (COM (2006) 367 final, de 04.07.2006);

b) o “Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações” (COM (2008) 106 final, de 27.02.2008);

c) o “Programa da UE para os direitos da criança” (COM (2011) 60 final, de 15.02.2011);

d) a Comunicação «Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha» (COM (2011) 942 final, de 11.01.2012);

e) o Relatório «Proteger as crianças no mundo digital» (COM (2011) 556 final, de 13.09.2011);

f) a Comunicação «Estratégia europeia para uma internet melhor para as crianças» (COM(2012)196 final, de 02.05.2012)⁴¹.

4.10. A par destas disposições de direito comunitário, *outros instrumentos de natureza convencional ou programática* definem princípios fundamentais que estão, por sua vez, na origem dos mais recentes desenvolvimentos no direito fundamental da UE (Tratado de Lisboa e Carta Europeia dos Direitos Fundamentais). Referem-se em especial:

a) a **Declaração dos Direitos da Criança**, adotada pela Assembleia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959;

b) a **Convenção do Conselho da Europa de 5 de maio de 1989** sobre a Televisão sem Fronteiras, que estabelece que a publicidade destinada a crianças ou que delas se socorra deve ter em conta a sua sensibilidade específica e abster-se de causar prejuízo aos seus interesses (artigo 11, n. 3)⁴²;

c) a **Convenção sobre os Direitos da Criança**, assinada por Portugal a 26 de janeiro de 1990⁴³ que, no seu artigo 32, impõe que os estados aderentes reconheçam à criança o direito de ser protegida contra a exploração económica ou capazes de comprometer a sua educação, prejudicar a sua saúde ou o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral ou social.

4.11. Menção destacada merece a *Carta Europeia dos Direitos Fundamentais*, a partir do Tratado de Lisboa integrada como direito primário com a mesma força das disposições constitutivas e onde expressamente estatuem os artigos 1º,

3º, 24º, 33º e 38º. Será, como se verá à frente, à sua luz que há que equacionar os avanços possíveis no âmbito do quadro comunitário.

4.12. Paralelamente, os profissionais têm desenvolvido, quer a nível internacional, quer nos diferentes estados-membros, um conjunto de disposições de *autorregulação* com que procuram justificar as suas práticas comerciais e demonstrar o seu empenho na proteção das crianças. Destacam-se, pela sua importância, o Código Internacional de Práticas Leais em matéria de Publicidade, editado pela Câmara de Comércio Internacional, o Código da Autorregulação da Publicidade de Alimentos dirigida a Menores, Prevenção da Obesidade e Saúde que se funda nos Princípios de Publicidade a Alimentos e Bebidas da Confederação de Indústrias Agroalimentares da União Europeia, da EASA, aprovados em fevereiro de 2004, a EU PLEDGE, que envolve alguns dos principais distribuidores e produtores de alimentos e bebidas para jovens. Menção especial merecem a iniciativa “European Network on reducing marketing pressure in children”⁴⁴ e a recente proposta “StanMark” da IASO no âmbito do Projeto-Piloto “Transatlantic Methods for Handling Global Challenges” (junho de 2011)⁴⁵.

4.13. De um modo geral, no entanto, a apreciação que é feita aos instrumentos de autorregulação e de correção incide sobre a sua incapacidade para a efetiva aplicação das normas editadas e um controle eficaz das práticas que as infringem⁴⁶.

4.14. Isso só reforça a necessidade, reafirmada em várias instâncias internacionais e comunitárias, de ser garantido um elevado nível de respeito pelas crianças e da sua proteção de forma a assegurar o seu desenvolvimento físico, mental e moral, tendo em vista o seu interesse próprio, o seu bem-estar e a preservação do meio e dos laços familiares.

V – A manifesta insuficiência do quadro legal comunitário em matéria de publicidade infanto-juvenil e a possibilidade, a urgência e a obrigação do seu aprofundamento

5.1. Como se deixou evidenciado, o quadro legal comunitário em matéria de publicidade infanto-juvenil é desnecessariamente complexo, demasiadamente confuso, para além de inconsistente. Daí resulta uma gritante desproteção das crianças europeias, sujeitas a regimes nacionais diversos e com níveis de proteção diferentes⁴⁷.

É com efeito patente que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais, e que a Comissão tem a obrigação e os meios legais para com urgência adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos.

O que verdadeiramente está em causa é a proteção de direitos fundamentais das crianças na UE, tal como definidos na Convenção das Nações Unidas, no artigo 24 da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais, do artigo 3º, n. 3, do TUE e bem interpretados na Comunicação da Comissão “Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança” (COM (2006) 367 final), no “Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações” (COM (2008) 106 final) e no “Programa da UE para os direitos da criança” (COM (2011) 60 final).

5.2. Não se contesta e ao contrário reconhece-se que, numa sociedade de livre mercado, adequadamente regulado de forma a ser promovida uma sã e leal concorrência e um elevado nível de proteção dos consumidores, com vista à realização de um mercado interno, instrumento para a melhoria das condições de vida e de trabalho dos seus povos, no respeito dos valores da dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito pelos direitos do homem, a publicidade, em todas as suas formas, desempenha um papel de importância, bem sumariada pela International Advertising Association (IAA)⁴⁸, de que se destaca, em particular, a difusão da inovação, a indução da criatividade e do entretenimento, o incentivo à concorrência e o aumento das possibilidades de escolha, e tem assim uma relevante função de informação e de esclarecimento dos consumidores, razão de ser o fundamento mesmo da sua regulação no âmbito comunitário.

5.3. Por outro lado, a mídia e, em particular a televisão, a internet e as redes sociais, é parte integrante da vida diária e tanto forma como é moldada pelo ambiente cultural em que existe. Por isso, é importante abordar os meios de comunicação comercial no contexto de crianças e jovens de uma forma mais específica, pois essa presença entra muitas vezes em conflito com os valores e práticas mais tradicionais, assumindo um papel fundamental na formação da cultura dos jovens. Por outro lado, é sabido que a generalidade dos pais e educadores sabem menos como lidar com os novos meios de comunicação do que as próprias crianças.

5.4. O equívoco fundamental de base parte, desde o início, como verdadeiro “pecado original” da política da União Europeia para o

audiovisual, da referida Recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998 relativa «a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana», onde sobreleva a preocupação “da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação” e afastando das competências legislativas da União Europeia, uma intervenção em matéria de conteúdos audiovisuais ou online lesivos de menores ou da dignidade humana, acaba por considerar estes aspetos como matéria de «bom gosto ou de decência», excluídos do âmbito da regulação comunitária⁴⁹.

5.5. Julga-se, ao contrário, e desde logo, que a *publicidade que utiliza crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem* ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental⁵⁰.

A publicidade que se serve abusivamente de crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental e deve assim ser totalmente proscrita.

Por isso é exigível uma harmonização a nível comunitário no sentido de *uma proibição genérica da publicidade que usa indevidamente e abusa da imagem de crianças mas que não tenham a ver com assuntos que diretamente respeitem a crianças*.

5.6. Por seu turno a *publicidade dirigida especialmente a crianças* comporta riscos agravados consoante os grupos etários atentos os estádios do seu desenvolvimento psíquico, com consequência danosas para a sua saúde física, mental e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao sobre-endividamento, o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental.

Impõe-se a definição clara de uma idade mínima comum para o efeito, a qual varia atualmente entre os estados-membros, impedindo o correto funcionamento do mercado interno e não se justificando por razões culturais fundamentais. A idade dos 12 anos parece recolher o parecer da grande maioria das posições dos vários interessados, sendo já praticada em alguns estados-membros e em países fora da Europa.

É também aspecto a merecer um tratamento harmonizado no domínio comunitário.

5.7. Finalmente, e, de um modo geral, *certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos*, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação física, psíquica,

moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

Daí que também neste aspecto se imponha um *normativo harmonizado a nível comunitário*.

5.8. E a *União Europeia dispõe hoje dos meios necessários para legislar nesse sentido, possuindo claras bases jurídicas para uma ação concertada no domínio da publicidade infanto-juvenil*, pelo que é legítimo exigir e esperar que, a breve trecho, estas questões sejam analisadas em profundidade e enquadradas na UE, por quem tem competência legal e obrigação de o fazer, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, não só porque está em causa a efetiva garantia da proteção de direitos fundamentais, como também porque a diversidade das regulamentações nacionais põe em risco o bom funcionamento do mercado interno.

5.9. É certo que até hoje as diretivas comunitárias que têm regulado a publicidade na União Europeia têm utilizado comumente como base jurídica os preceitos do tratado que se reportavam à realização do mercado interno, hoje artigos 26º e 114º, ainda que muito modificados. É esta uma preocupação importante, mas não deve ser a única.

5.10. Por outro lado, noutras iniciativas comunitárias, onde os objetivos são mais especificamente dirigidos às atividades de radiodifusão televisiva, a base jurídica foi antes procurada nos preceitos que à altura respeitavam ao direito de estabelecimento e à livre prestação de serviços, correspondentes, ainda que com modificações, aos atuais artigos 49º e ss. e 56º e ss.

5.11. Por último, em mais recentes iniciativas relativas à proteção das crianças e à pornografia infantil, mas ainda anteriores ao atual Tratado de Lisboa, a base jurídica utilizada foram os preceitos que se referiam à cooperação judicial em matéria penal.

5.12. Ora, é mister recordar que *o atual Tratado de Lisboa* consagrou modificações em todos estes aspectos e *oferece hoje uma gama de novas possibilidades de intervenção comunitária* que há que saber interpretar e aplicar.

5.12.1. A primeira e mais importante inovação foi a incorporação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais ao nível do direito primário da UE; de seguida, a modificação da natureza jurídica da cooperação em matéria penal e civil; por fim, as alterações introduzidas em numerosos preceitos do tratado como os relativos à realização do mercado interno, à proteção dos consumidores e à proteção da dignidade da pessoa humana. Ainda recentemente para a proteção de dados a Comissão fundou a sua proposta de regulamento na Carta Europeia dos Direitos Fundamentais e nos referidos novos preceitos do Tratado de Lisboa.

5.12.2. A questão da publicidade infanto-juvenil é, antes de mais, uma questão de cidadania e de proteção de direitos fundamentais; os já citados artigos 1º, 3º, 24º, 33º e 38º da carta oferecem base jurídica substantiva mais que suficiente para fundamentar a necessidade de uma ação comunitária. A eles acrescem de forma inequívoca os artigos 2º, 3º, n. 5, 6º do TFUE e os artigos 4º, 5º, 10º do TFUE.

5.12.3. Neste domínio, para além dos governos dos estados-membros, quer na esfera do Conselho quer no âmbito das cooperações reforçadas (artigo 20º TFUE), os parlamentos nacionais têm um destacado papel a representar nos termos do artigo 12º do TFUE, de que se não podem desresponsabilizar.

5.12.4. Mas é evidente que a realização do mercado interno continua a constituir um dos mais importantes objetivos neste domínio, para o qual existe a cobertura dos artigos 3º, n. 3, do TFUE e 26º e 114º e ss. do TFUE. Por outro lado, os artigos 12º e 169º do TFUE abrem novas possibilidades na perspetiva da proteção dos consumidores. Nos aspectos processuais, os artigos 67º e ss., em especial os artigos 81º e 82º do TFUE, fornecem as bases para uma moldura civil e penal que permite completar o quadro legal da proteção infanto-juvenil neste domínio.

É sabido como as crianças são um alvo apetecível e rentável para a publicidade

5.12.5. Por fim, o tratamento desta matéria a nível comunitário obedece aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (artigo 5º, n.ºs 3 e 4, do TFUE) na medida em que o seu objetivo, pela sua dimensão transfronteiriça, não pode ser suficientemente realizado pelos estados-membros nos respectivos sistemas nacionais.

Uma iniciativa legislativa com este objetivo pode, por conseguinte, ser mais bem realizada por uma ação da União, em conformidade com o princípio da subsidiariedade. Por outro lado, o âmbito da iniciativa deve limitar-se aos aspectos que suscitem problemas concretos, não abrangendo aqueles aspectos que podem ser regulados mais adequadamente pelas legislações nacionais, respeitando assim o princípio da proporcionalidade.

5.13. Isto não significa que, para além desta indispensável medida legislativa, não deva ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo estas matérias nos currículos escolares a todos os níveis.

Também os pais deverão ser capacitados para acompanhar os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias. Estudos demonstram que o papel mediador da família é importante na redução dos efeitos da publicidade.

E os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.

Isso sem, obviamente, minorizar o papel dos empresários da publicidade, do marketing, dos anunciantes e dos patrocinadores para, no âmbito das iniciativas da autorregulação e da correção já adotadas e a promover, cada vez mais assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar⁵¹.

5.14. Foi este o sentido do Parecer de Iniciativa que o Cese teve oportunidade de elaborar e de ver aprovado por larga maioria e sem votos contra, com a adesão dos próprios representantes dos publicitários que nele têm assento, após audição pública com grande participação de interessados⁵² e no qual, após a constatação e demonstração de que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da internet e das redes sociais, se terminava por instar a Comissão a considerar com urgência a necessidade de adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos e se apelava ao Parlamento Europeu e aos parlamentos nacionais para prosseguirem com denodo a sua tradição de defesa dos direitos das crianças neste domínio especial.

5.15. Até agora, forçoso é constatar que este apelo não teve o eco que se esperava, fundamentalmente do lado da Comissão, que, desde sempre, durante toda a elaboração do parecer, nas reuniões em que se fez representar, e mesmo posteriormente, em posições públicas assumidas, sempre desvalorizou a necessidade e o mérito da iniciativa.

São, aliás, emblemáticas as suas apreciações publicadas sobre o parecer, em que, designadamente no que se refere ao pedido instantâneo do Cese de regulamentação comunitária específica, respondeu com o compromisso de *“intensificar a aplicação das regras em vigor na UE estimulando ainda mais as medidas de autorregulação, por forma a proteger as crianças de publicidade inadequada e evitar excessivos gastos, bem como analisar nova legislação se as medidas de autorregulação falharem.”*

À necessidade de uma atuação urgente nas áreas que se deixaram enunciadas a Comissão opôs antes que seria *“a indústria”* que deveria

“implementar os acordos existentes e desenvolver novas medidas, se for necessário”. Ou seja, a Comissão demitiu-se totalmente de uma ação decidida e proativa nesta área em futuro próximo.

5.16. Por seu turno, o Parlamento Europeu, que desde sempre tinha estado na primeira linha destas preocupações, na sua mais recente resolução também se mostrou demasiado tímido, limitando-se a considerar que *“a publicidade destinada às crianças deve ser responsável e moderada”*, e a relembrar que *“a internet também expõe as crianças a riscos através de fenómenos como (...) a exposição a publicidade imprópria para a sua idade, agressiva ou enganadora”* e, em consequência, a instar a Comissão a *“incluir nas suas prioridades principais a proteção das crianças contra a publicidade televisiva e em linha de índole agressiva ou enganadora”*⁵³.

5.17. Isto significa que não é o tempo de baixar os braços e que, ao contrário, existe um largo percurso a percorrer a nível comunitário (e, evidentemente, também na esfera dos países membros e não membros da EU), pelo que a sociedade civil não pode deixar de manter esta questão na ordem do dia, até que os decisores políticos, nas várias instâncias, aceitem decidir aquilo que a situação comprovadamente exige e os cidadãos em geral e as famílias em particular há muito exigem e reclamam – uma mais adequada proteção das crianças de todo o mundo em face da publicidade.

Notas

¹ Sobre esta matéria ver designadamente *“Réglementation européenne et internationale de la publicité potentiellement visible par les enfants dans le secteur audiovisuel – Observatoire européen de l’audiovisuel”* KONSTANTINOS STYLIANOU e *“Réglementation européenne de la publicité ciblant les enfants: le cadre juridique assuré par les règles européennes et par les législations de 26 pays européens”* SUSANNE NIKOLCHEV, Strasbourg, março 2008.

² Ver sobre o tema, o meu artigo *“A Publicidade na União Europeia”* in RPDC n. 48, dez. 2006, p. 47.

³ Trata-se, com efeito, do reconhecimento de que *“a publicidade ultrapassa as fronteiras dos estados-membros e que, em consequência, tem uma incidência direta no estabelecimento e no funcionamento do mercado comum”* e de que existem *“grandes disparidades entre as legislações atualmente em vigor nos estados-membros”*, tal como se podia ler no preâmbulo da Diretiva 84/540/CEE, de 10 de setembro de 1984.

⁴ Por manifesta falta de espaço deixa-se de fora tudo o que se refere a alegações nutricionais e de saúde nos alimentos, já tratado em detalhe em vários escritos, nomeadamente os bens conhecidos da professora Maria Ângela Frota, para que se remete e cujo percurso a nível comunitário levou mais de uma década.

⁵ In JO L 149 de 11/06/2005. Para além de artigos meus sobre a Diretiva e a sua aplicação (p. ex. *“A lealdade no comércio ou as desventuras de uma iniciativa comunitária”* in RPDC n. 44, dez. 2005,

p.14, e “*Práticas Comerciais Proibidas*” in Estudos de Direito do Consumo, vol. IV, 2013, p. 79 e ss., coordenação da professora Adelaide Meneses Leitão, do Instituto de Direito do Consumo da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ed. Almedina), ver, com vantagem, Mário Frota, “*Das Práticas Comerciais na União Europeia*” in RPDC n. 43, set. 2005, p. 28, Claudia Sofia Gomes Abrunhosa, “*Práticas Comerciais Desleais*”, in RPDC n. 61, mar. 2010, Bernardo Hernandez Bataller “*Análisis y Desarrollo de la Ley de Transposición de la Directiva 2005/29*” in Rev. Luso Brasileira de Direito do Consumo, vol. 1, n. 2, jun. 201, p. 87, Julio Alvarez Rubio “*La regulación de la publicidad en la Unión Europea: problemas y perspectivas*” in Regional Economic Integration and Consumer Protection, p. 619, e o recente livro de Consuelo Camacho Pereira, “*La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario*”, ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2012.

⁶ Ver a este propósito especificamente o Parecer de Iniciativa do Cese 949/2006 (INT/280) de 14.07.2006 sobre “*A regulação da concorrência e os consumidores*”, relatora Sanchez Miguel.

⁷ Doc. COM (2012) 702 final sobre a qual o Comité Económico e Social Europeu (Cese) emitiu o seu Parecer Cese 1233 (INT/675), de que o aqui A. foi relator e foi adotado na sua Sessão Plenária de 22 de maio de 2013, no qual o Cese, embora acolhendo como merecedora de uma particular atenção e reflexão a referida comunicação e os seus propósitos, divergiu da Comissão no modo de tratar a questão, entendendo que a melhor forma de alcançar o objetivo de uma regulamentação coerente e consistente da proibição de práticas comerciais enganosas seria uma revisão conjunta das diretivas 2006/114/CE e 2005/29/CE, simultaneamente para relações B2B e B2C, salvaguardando as especificidades de cada tipo numa matriz comum.

⁸ In JO, L 95 de 15.04.2010, entrada em vigor em 05.05.2010.

⁹ Diretiva 89/552/CEE, de 3 de outubro de 1989, in JO L 298 de 17.10.1989, sucessivamente alterada pelas diretivas 97/36 CE, de 30 de junho de 1997, in JO L 202 de 30.07.1997, e 2007/65/CE, de 11 de dezembro de 2007, in JO L 332 de 18.12.2007. Sobre estas versões ver, com vantagem, pela sua atualidade nos dias de hoje, o importante estudo “*The ‘Television Without Frontiers’ Directive, Cornerstone of the European Broadcasting Policy*”, Patrice Aubry, European Audiovisual Observatory, 2000.

¹⁰ Doc COM (2005) 646 final de 13 de dezembro de 2005.

¹¹ JO C 102 de 28.09.2004.

¹² Sobre a problemática desenvolvida neste número e nos seguintes, ver, com vantagem, o Relatório redigido por “Options consommateurs” de Montreal, intitulado “*La publicité destinée aux enfants: Identifier la meilleure protection possible*” e apresentado ao Bureau der la consommation d’Industrie do Canadá (abril de 2008), as publicações e vídeos do Instituto Alana do Brasil em <www.criancaconsumo.org.br>, em especial o opúsculo “*Por que a publicidade faz mal às crianças*” e a excelente compilação de textos organizada por Raffi Cavoukian e Sharna Olfman, “*Honrar a criança . Como transformar este mundo*”, na tradução e edição do Instituto Alana, S. Paulo, 2009.

¹³ Ver com vantagem “*Children and Advertising on Television A Survey of the research 1994-2000*”, Gunilla Jalbro.

¹⁴ Sobre a utilização das redes sociais ver com vantagem “*Las Redes Sociales. Tipología, uso y consumo de las redes 2.0 en la sociedad digital actual*” David Caldevilla Dominguez, Documentación de las Ciencias de la Información, 2010, v. 33, p. 45, e o Parecer de Iniciativa do Cese 465/2012

(TEN/483) de 12.09.2012 sobre “*Utilização responsável das redes sociais e prevenção dos problemas que lhe estão associados*”, de que o A. foi relator Bernardo Hernandez Bataller, e o Parecer de Iniciativa Cese 1697 (INT/390) de 12.11.2009 sobre “*O impacto das redes sociais de comunicação e interação na esfera do cidadão/consumidor*”, de que foi relator o aqui A.

¹⁵ Cf. Resolução do PE A7-0338/2010, “*Impacto da publicidade no comportamento dos consumidores*”, de 15.12.2010.

¹⁶ *EU Kids online: Final Report* – London Scholl of Economics and Politic Science, Sonia Livinstone & Leslie Haddon, 2009.

¹⁷ A Carta Europeia de Luta contra a Obesidade foi adotada em novembro de 2006 com o incentivo da OMS e com a colaboração dos ministros da Saúde dos Estados-membros. Esta Carta, no entanto, não é “vinculativa” mas a adoção de uma regulamentação específica está em estudo em diversos países europeus.

¹⁸ Sobre este tema e a necessidade de uma intervenção legal regulatória, ver o interessante parecer do professor Virgílio Afonso da Silva sobre “*A constitucionalidade da regulação da publicidade de alimentos e de bebidas não alcoólicas voltada ao público infantil*” (ed. Instituto Alana, S. Paulo, abril de 2012).

¹⁹ Expressivos dados quantitativos podem ser encontrados no insuspeito documento da EASA sobre “*European trends in advertising complaints, copy advice and pre-clearance, Statistics Report 2010*”.

²⁰ Em França, a situação grave que se vive na mídia levou a que a ministra Joselyne Bachelot tivesse encarregado um grupo de trabalho liderado por Jacques Hintzy, presidente da UNICEF, de preparar uma Carta para a proteção das crianças na mídia (FIGARO de 21.02.2012) no seguimento de alertas do CSA (“*Protection de l'enfance et de l'adolescence à la télévision, à la radio et sur les services de médias audiovisuels à la demande*” Brochures du CSA, novembre 2010). Também na Bélgica foi apresentada no Senado uma proposta de lei relativa à proteção das crianças e dos adolescentes face aos efeitos da publicidade televisiva onde se propõe a total abolição de publicidade destinada a crianças em programas a eles destinados até aos 12 anos (Proposta 145, de 1º de dezembro de 2010).

²¹ Ver com vantagem “*Sexy Media Matter: Exposure to Sexual Content in Music, Movies, Television and Magazines Predicts Black and White Adolescents' Sexual Behavior*”, Jane D. Brown & others, in *Pediatrics*, Official Journal of the American Academy of Pediatrics, v. 117, n. 4, April 2006.

²² Segundo dados da Advertising Educational Foundation, o mercado da publicidade para crianças até aos 12 anos está avaliado em um trilhão de dólares, sendo 500 bilhões de dólares de despesas próprias (200 bilhões para snacks, refrigerantes e outros consumíveis) e de despesas diretamente relacionadas (300 bilhões para brinquedos, artigos de beleza, prendas, acessórios e artigos escolares) e 500 bilhões de despesas indiretas (divertimentos, tecnologia, férias). Mais dados quantitativos sobre o mercado da publicidade dirigida a crianças pode ver-se em “*Advertising to children – Economic Aspects*, EGTA Association of Television and radio sales houses” e “*Magnaglobal Media Owners Advertising Revenue Forecast Dec 2011*”.

²³ Inúmeras obras dão conta desta diversidade em termos de direito comparado. Ver com vantagem os escritos do professor Mário Frota “*A Publicidade Infanto-Juvenil, Perversões e Perspectivas*” e de Pedro Quartin Graça Simão José e Margarida Almeida Bettencourt “*O Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-membros da UE*” (I.C., Lisboa, 2003).

²⁴ COM (2011) 942 final, de 11.01.2012.

²⁵ COM (2011) 556 final, de 13.09.2011.

²⁶ COM (2012) 196 final, de 02.05.2012.

²⁷ No caso da Suécia, aliás, objeto mesmo de Acórdão do TJ da UE, de 9 de Julho de 1997, que confirmou a sua compatibilidade com o direito comunitário (Caso C-34 e C-35/95 *Konsumentombudsmannen/De Agostini (Svenska) bForlag AB e TV-Shop i Sverige AB*).

²⁸ COM (96) 192 final, de 08.05.1996; pela sua importância na “descoberta” do impacto da publicidade relativamente às crianças, ver também a Comunicação da Comissão o “Seguimento do Livro Verde” (COM (1998) 121 final, de 04.03.1998) bem como o Parecer do Cese de 27.11.96, CES 1388/96, IND/582, de que foi relator J. Simpson. e o Relatório do PE A4-0219/97 de 24.06.97, da Comissão dos Assuntos Económicos e Monetários e da Política Industrial, de que foi relatora a deputada Jessica Larive, onde já se exortava a Comissão a “*apresentar medidas específicas de proteção das crianças relativamente a todos os tipos de comunicações comerciais, em particular no que diz respeito às novas tecnologias*” (ponto 22).

²⁹ JO L 95 de 15.04.2010.

³⁰ JO L 149 de 11.06.2005.

³¹ Sobre este tema ver, em especial, Consuelo Camacho Pereira, “*La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario*”, ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2012, p. 174.

³² JO L 270 de 07.10.98.

³³ JO L 378 de 27.12. 06.

³⁴ JO L 22 de 25.01.2003.

³⁵ JO L 152 de 20.06.2003.

³⁶ JO L 161 de 16.06.2001.

³⁷ JO L 13 de 20.01.2004.

³⁸ “Qualquer pessoa com menos de 18 anos de idade” – conceito retomado e reafirmado em vários textos legais da UE, mas que é deixado cair quando se trata das normas sobre o acesso à internet e às redes sociais e a proteção de dados, onde incompreensivelmente baixa para 13 anos (Ver Parecer Cese 1303/2012 (SOC/455), de 23.05.12, sobre a *Proposta de Regulamento relativa à proteção das pessoas físicas em relação ao tratamento de dados de carácter pessoal* (COM (2012) 11 final) de que foi relator o aqui A.

³⁹ JO L 348 de 24.12.2008.

⁴⁰ Orientação que foi acolhida em recente Acórdão do TJ da UE a propósito de direitos de autor (Proc. C-70/10, de 24 de novembro de 2011).

⁴¹ Ver o Parecer muito crítico do Cese de 18.09.2012, Cese1518/2012 (TEN/489), de que foi relator Antonio Longo, onde se salienta designadamente que “*falta na comunicação não só uma referência aos riscos para a saúde física e psicológica das crianças, em particular as dependências, como quaisquer medidas para atacar o problema. Neste aspecto fundamental, o Cese preconiza uma integração da estratégia ou um novo documento.*” (ponto 1.14)

⁴² Publicada pelo Conselho da Europa na “*Série des traités européens n. 132*” conforme o texto emendado pelo protocolo entrado em vigor a 1º de março de 2002 (STE n. 171).

⁴³ Publicada no DR I Série A n. 211/90.

⁴⁴ Cujas 5ª Reunião teve lugar em Portugal (Oeiras/Lisboa) a 8/9 de março de 2010.

⁴⁵ Sobre os diferentes sistemas de autorregulação da publicidade nos vários estados-membros, ver a excelente compilação *“Advertising self-regulation in Europe”*, da European Advertising Standards Alliance (EASA), 2007. Da mesma EASA ver *“Advertising Standards in Europe”*, janeiro 2008.

⁴⁶ O tema da autorregulação e da correção dava só por si para um artigo autónomo, não sendo aqui o local para o desenvolver. Chama-se a atenção apenas para o Relatório da Investigação levada a cabo pelo United Nations Research Institute for Social Development (UNRISD) sobre *“Corporate Codes of Conduct – Self Regulation in a Global Economy”* de que foi autor Rhys Jenkins (Technology, Business and Society, Program Paper Number 2, Abril 2001), para o aprofundado Relatório de informação do Cese sobre a matéria (Cese 1182/2004, INT/204) de 14 de janeiro de 2005, de que foi relator o Sr. Vever, para o Relatório da DG SANCO da Comissão Europeia *“Self-Regulation on the EU Advertising Sector”*, julho 2006, bem como para o notável artigo do professor Fabrizio Cafaggi, *“L'autoregulation en Droit Européen des Contrats”*, em www.ejls.eu.

⁴⁷ Como o reconheceu o Parlamentar Europeu Kyriacos Triantaphyllides, no seu Relatório A7-0369/2011 de 21.10.2011, em parágrafo lúcido, mas que a pressão do lobby dos publicitários obrigou a retirar da Resolução final:

“As crianças constituem um dos grupos de consumidores mais vulneráveis. Todavia, embora as crianças não sejam ‘consumidores’ a mesmo título que os adultos, dado não poderem fazer escolhas informadas, encontram-se expostas a uma ampla publicidade. Este problema deve ser tratado no contexto da Agenda do Consumidor. Tal proibição encontra-se em vigor na Suécia desde 1991, aplicando-se a toda a publicidade televisiva e à publicidade direta dirigida a crianças com idade inferior a 12 anos. As crianças são crianças e não consumidores. Consequentemente, deve constituir uma prioridade fundamental da Agenda do Consumidor implementar uma perspectiva infantil e propor uma proibição da publicidade televisiva e direta dirigida a menores de 12 anos.”

⁴⁸ *a) A publicidade incentiva a concorrência e reduz os preços*

b) A publicidade permite meios economicamente acessíveis

c) A publicidade cria emprego

d) A publicidade subsidia o entretenimento

e) A publicidade permitir o direito de escolher.”

⁴⁹ Foi aspecto denunciado com veemência no Parecer do Cese 134/2005 (TEN/195), de 9 de fevereiro de 2005, sobre a *“Proposta de recomendação relativa à proteção dos menores e da dignidade humana e ao direito de resposta em relação ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação”* (COM (2004) 341 final), de que o A. foi relator, posição reafirmada com redobrado vigor no Parecer do Cese 4163 (TEN/524), de 24.09.2013, relativo ao *Livro Verde da Comissão sobre a preparação para a plena convergência no mundo audiovisual* (COM (2013) 231 final) de que também foi relator o aqui A. Sobre o juízo que a Comissão faz da aplicação daquela Recomendação, ver o Relatório de 13.09.2011 (COM (2011) 556, final) e o documento de suporte que o acompanha (SEC (2011) 1043 final). De notar que é neste relatório que, pela primeira vez, a Comissão parece reconhecer timidamente a necessidade de “medidas suplementares” a nível da UE, embora nada adiante de concreto.

⁵⁰ Alguns casos verdadeiramente escandalosos mereceram o repúdio generalizado da sociedade civil, como foi o caso da menina de 10 anos usada numa campanha de moda pela Revista Vogue ou da despudorada utilização de várias crianças na publicidade à companhia da eletricidade portuguesa EDP.

⁵¹ Neste domínio é importante ressaltar a forma proativa e eficaz como a autorregulação da publicidade está organizada e funciona em Espanha, como exemplo a ser seguido com vantagem. Ver neste particular “*La Autorregulación de la Publicidad en España*”, Jose Domingo Gomes Castallo, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, v. I, n. 4, dezembro 2011.

⁵² Parecer Cese 138/2912 (INT/593), de 18 de setembro de 2012, “*Um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças*”, de que foi relator o aqui A., tendo contado com a inestimável colaboração do professor Carlos Morais, como seu perito e com o importante e constante apoio de retaguarda do professor Mário Frota, a quem se quer deixar uma palavra de reconhecimento e merecido agradecimento e de muita estima e consideração.

⁵³ Resolução A7-0535/2012, de 20.11.2012, sobre “*Proteger as crianças no mundo digital*”, de que foi relatora a deputada Sílvia Costa; do PE ver, com vantagem o Estudo do seu Departamento da Cultura e Educação sobre “*Les règles en matière de publicité et leurs effets en vertu de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels*”.

Principal bibliografia

A) Geral

1. Réglementation européenne et internationale de la publicité potentiellement visible par les enfants dans le secteur audiovisuel – Observatoire européen de l’audiovisuel – Konstantinos Stylianou
2. Réglementation européenne de la publicité ciblant les enfants: le cadre juridique assuré par les règles européennes et par les législations de 26 pays européens
3. Les règles en matière de publicité et leurs effets en vertu de la nouvelle directive sur les services de médias audiovisuels – Direction Générale des Politiques Internes de l’Union Parlement Européen
4. The « Television without frontiers » Directive, Cornerstone of the European Broadcasting Policy, Patrice Aubry
5. European Network on reducing marketing pressure on children – Report from the 5th meeting, Norwegian Directorate of Health Sep 2010
6. Advertising to children – Economic Aspects, EGTA Association of Television and radio sales houses
7. Magnaglobal Media Owners Advertising Revenue Forecast Dec 2011
8. Born to Buy: The Commercialized Child and the New Consumer Culture, J. Schor, Scribner NY, 2004
9. Web-based Marketing to Kids on the Rise, M: Shields, Media Week, 25 July 2005
10. A Publicidade Infanto-Juvenil, Perversões e Perspectivas – Mário Frota
11. EU Kids online: Final Report – London Scholl of Economics and Politic Science Sonia Livinstone & Leslie Haddon, 2009
12. The end of the line for child exploitation: Safeguarding the most vulnerable children Christine Bedoe, ECPAT, UK 2006
13. What to do to protect our children from Consumerism – Instituto Alana, Brasil 2009

14. Why advertising is bad for Children – Instituto Alana, Brasil, 2009
15. Honrar a Criança – Raffi Cavoukian & Sharna Olfman, Instituto Alana, Brasil, 2009
16. Publicidad sexista: regulación y supuestos – Julio Alvarez Rubio, Universidad de Cantabria, 2010
17. La mujer en la publicidad – Noelia Garcia Perez, Universidad de Salamanca
18. O controle público da publicidade infantil – Igor Rodrigues de Britto, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 3, set. 2011
19. La publicité destinée aux enfants: Identifier la meilleure protection possible – Option Consommateurs, Canada, Avril 2008
20. Publicidade dirigida a crianças: personagens, valores e discurso – Rosario Correia HIGGS & Francisco Costa Pereira, Escola Superior de Comunicação Social, Instituto Politécnico de Lisboa
21. A Publicidade e a Proteção do consumidor infanto-juvenil: breve denúncia da violação de garantias, Maria Cecília Naressi Munhoz Affornalli, in *Revista das Faculdades de Santa Cruz*, vol. 5, n. 2, julho/dez. 2006
22. A televisão, a criança e a publicidade, in *Estratégias e Discursos da Publicidade*, Francisco Rui Cádima, 1999
23. Les effets de la Pub chez les jeunes in Education aux medias: la publicité
24. Les enfants et la publicité in Réalités familiales n. 78 UNAF 2006
25. Monitoramento da Publicidade de Produtos e Serviços destinada a crianças, Edgard Rebouças, Observatório da Mídia Regional, São Paulo, nov. 2011
26. L'influence de la télévision sur les enfants, Réseau Éducation-Médias
27. La télévision nuit gravement à la santé, Angela Sirigu, Le Monde, Science & Techno, Oct. 2011
28. El Código de autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia: Análisis de un modelo fallido – AUC, Asociación de Usuarios de la Comunicación, Alejandro Perales
29. La autorregulación de la publicidad en España – Jose Domingo Gomez Castallo in *Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo*, vol. I, n. 4, dez. 2011
30. Código de autorregulação em matéria de comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigidas a crianças do ICAP, maio 2012
31. European Trends in advertising complaints copy advice and pre-clearance – EASA 2010

B) Publicidade sexista e crianças

1. Hypersexualisation de l'espace public: comment protéger les enfants? Perspectives internationales, Marie-Pierre Hamel & Marie Cecile Navas, Centre d'analyse stratégique, La Note d'analyse, Mars. 2012
2. Letting Children be Children – Report of an Independent Review of the Commercialisation and Sexualisation of Childhood, REG BAILEY, Department of education, UK June 2011
3. Argentine Leader Prohibits Sex Ads, The Wall Street Journal, 7 July 2011
4. Research Project: Teenagers and the Media: a Media Analysis of Sexual Content on Television, Crisis Pregnancy Agency

5. Sexy Media Matter: Exposure to Sexual Content in Music, Movies, Television and Magazines Predicts Black and White Adolescents' Sexual Behavior, Jane D. Brown & others, in *Pediatrics*, Official Journal of the American Academy of Pediatrics, vol. 117, n. 4, April 2006
6. Como as crianças consomem pornografia sem os pais saberem, Vera Moura, julho 2011
7. O Sexo na Publicidade: Olhares Insólitos, Anabela Ribeiro, (<http://www.olharesinsolitos.com>)
- 8.24 Imagens publicitárias de cariz sexual (<http://www.4lojas.com>)

C) Publicidade violenta e crianças

1. Violência Juvenil relacionada com a programação da TV, Padua Campos (<http://paduacampos.com.br>) (16/07/2011)
2. O incentivo à violência na propaganda da cerveja Andre Balocco (<http://www.jblog.com.br>) (22/01/2010)
3. Violência gratuita, Pedro Corte Real, Cadernos de Cinema
4. Violence, Fear and Market: An Analysis of Real Estate Advertisements, Sonia Ferraz & Edsin dos Reis in *Impulso*, Piracicaba 2004
5. Violência e sexo na publicidade, Maria Fernanda Barroca, (<http://www.acmedia.pt/violenciaesexo.htm>)
6. A publicidade abusiva que incita à violência, Susana Maria Pimenta Fedenghi, Biblioteca Universia n. 2 Editora Del Rey
7. Raízes da Violência: a fragilidade humana disfarçada de glória, Esther Gonçalves, (<http://www.jornalirismo.com.br/propaganda>) (14/04/2011)

D) Publicidade alimentar e crianças

1. Food and beverage advertising and children: Responsible Advertising and Children (RAC) Programme position
2. Charte européenne sur la lutte contre l'obésité (OMS)
3. Impactos da Publicidade de alimentos dirigida a crianças: questões éticas e legais – Tamara Amoroso Gonçalves, in *Revista Luso Brasileira de Direito do Consumo*, vol. I, n. 4, dez. 2011
4. A junk free childhood: responsible standards for marketing foods and beverages to children – StanMark Project of the International Association for the Study of Obesity, June 2011 – Tim Lobstein, Triin Parn, Ange Aikenhead
5. Marketing of foods to children – Research by the Food Commission for Which? October 2005
6. Marketing télévisé pour les produits alimentaires à destination des enfants: analyse des engagements des professionnels et impact sur les comportements alimentaires – UFC QUE CHOISIR
7. Wallace Hints at Ban in Junk Food Adverts as the best way to fight Obesity among Young, B. BRIGGS, *The Herald*, 1 Feb 2003
8. Advertising to Kids in Quebec No Picnic, N. RIVARD & P. LEBLANC, *Strategy*, 8 May 2000
9. Marketing Food to Children: The Global Regulatory Environment, C. HAWKES, World Health Organization, Geneva, 2003
10. BBC to Limit Ties to Junk Food, *Wall Street Journal*, 6 April 2004

11. Set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children – Resolution of the 63rd World Health Organization Assembly adopted 21 May 2010
12. Recommendations for an International Code on Marketing of Foods and Non-Alcoholic Beverages to Children – IASO International Association for the Study of Obesity
13. Manual for monitoring food marketing to children – Consumers International
14. EU PLEDGE Monitoring Report 2010
15. Food Advertising to Children: Impact assessment – OFCOM Feb 2007
16. HFSS advertising restrictions – experience to date and next steps – OFCOM Dec 2007
17. Update on impact restrictions on food and drink advertising to children – OFCOM Feb 2008
18. The PolMark Project – IASO Final Report July 2010

A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS: UM PONTO DE ENCONTRO ENTRE O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E O DIREITO DO CONSUMIDOR

TAMARA AMOROSO GONÇALVES

Advogada graduada pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente artigo abordará a temática da regulamentação da publicidade dirigida a crianças, apresentando conexões entre o campo dos direitos dos consumidores e de crianças e adolescentes. São apresentados brevemente marcos normativos, propostas de projeto de lei que atualmente tramitam no Congresso Nacional e um sucinto cenário de como o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor vem tratando a temática.

1. Introdução – direitos difusos e coletivos: criança e adolescente e defesa do consumidor

Em diversos países, a tutela dos direitos difusos e coletivos relaciona-se intimamente com o desenvolvimento da sociedade de consumo. As drásticas e rápidas mudanças trazidas pelas transformações nos processos de produção e consumo mudaram não apenas a forma como vivemos, mas consequentemente a maneira como o direito passa a lidar com as relações que então se estabelecem. Em poucas palavras, observa-se uma radical alteração no sistema de responsabilidade civil.

Para Lipovetsky¹, pode-se identificar três grandes fases que marcam o desenvolvimento da sociedade de consumo: o nascimento dos mercados de massa (invenção do consumo-sedução); a sociedade de consumo de massa (sociedade da abundância/desejo) e a sociedade do hiperconsumo (período atual). Nesse processo, a produção deixou de ser artesanal para se dar em processos fabris contínuos (produção em massa), mediante a organização científica do trabalho. O escoamento da produção também mudou. As compras passam a ocorrer em grandes centros comerciais e observa-se a democratização do acesso a bens de consumo, disseminada em particular por diferentes estratégias de marketing. Aos poucos, a publicidade vai ocupando um papel cada vez mais relevante enquanto movimentador dessa nova sociedade que vai se formando.

Com as crescentes mudanças nos processos de produção e distribuição de bens, o tradicional sistema jurídico de responsabilidade civil, baseado na persecução da culpa, começou a se mostrar insuficiente para tratar das novas problemáticas. Desenvolve-se, aos poucos, o que se convencionou chamar de “sociedade de risco”. Um risco que nem sempre é precisamente identificável ou particularizado. A expressão mais evidente desta mudança de paradigma em termos de responsabilização se observa no campo do direito ambiental, em que eventuais riscos transcendem o individual e particularizável. Portanto, para lidar com novos direitos e novas relações jurídicas, novos instrumentos se fazem necessários.

No Brasil, a partir de 1988, com a nova constituição, os assim chamados direitos difusos e coletivos foram constitucionalizados, sendo revestidos de proteção especial, na qualidade de direitos fundamentais e também sociais. A constituição também determinou a elaboração de normativas infralegais que assegurassem a sua plena efetividade. Abriam-se caminhos para a regulamentação de diversos direitos sociais, de determinados grupos

vulneráveis, bem como para a tutela de direitos que, embora possam ser exercidos individualmente, comportam uma inegável dimensão coletiva. Ganham impulso regulamentações relacionadas à: proteção de direitos de futuras gerações, principalmente com forte cunho ambientalista; garantia de direitos de grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, idosos; promoção e defesa dos direitos dos consumidores, dentre outros.

A normativa consumerista surge em meio a discussões eminentemente sociais e em um momento de crise econômica, diversamente do que ocorre em outros países em que a proteção aos consumidores se desenvolve em um momento de expansão e consolidação da sociedade de consumo. Embora já existissem algumas normas no país que trouxessem balizas para determinados temas de consumo, a definição de um campo de atuação de forma coletiva, um pouco antes da constituição de 1988, estimulou significativamente a discussão de problemas de consumo massificados²:

“É possível ser tão preciso, ao apontar o ano de 1985 como o ano de passagem para uma nova etapa, em razão do surgimento de duas leis extremamente importantes e inovadoras, e que, não por acaso, foram editadas exatamente na mesma data – dia, mês e ano – o que permite dizer que uma existe por conta da outra: a chamada Lei da Ação Civil Pública, Lei Federal 7.347, e o decreto federal que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Dec. 91.469. (...)

Essa lei [Lei de Ação Civil Pública] é importantíssima na exata medida em que aponta para a possibilidade da organização da sociedade com o objetivo de pleitear os chamados direitos coletivos. Pela primeira vez, na legislação brasileira, os consumidores organizados podem efetivamente intervir judicialmente nas questões coletivas mais importantes, pleiteando, tanto dos fornecedores como dos governos, sua proteção.”³

A definição de um marco normativo para atuação judicial coletiva foi responsável pelo impulso fundamental para a organização do campo dos direitos difusos e coletivos. Ganham vazão, nesse processo, não apenas as demandas relacionadas a relações de consumo, como também as afeitas ao meio ambiente, problemáticas enfrentadas por crianças e adolescentes e, futuramente, também idosos.

Aos poucos, as normativas infraconstitucionais foram sendo aprovadas, assegurando os direitos materiais passíveis de tutela coletiva. Curiosamente, no mesmo ano (1990), foram editadas duas normas centrais para o tema ora em debate: o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Ambos os campos se desenvolveram muito desde a década de 1990 e trilharam caminhos até certo ponto independentes. Mas recentemente uma temática que vem ganhando cada vez mais espaço na sociedade forçou um ponto de encontro entre ambas as áreas: a discussão sobre a regulamentação da publicidade dirigida a crianças. Conforme será abaixo indicado, o tema provoca uma interpretação sistemática entre os dois diplomas legais, apontando, para muitos, a necessidade de maior regulamentação, com o objetivo de cumprir o mandamento constitucional de assegurar a proteção integral de crianças e adolescentes.

O debate vem sendo marcado pelo posicionamento de organizações da sociedade civil de defesa dos consumidores e de crianças e adolescentes e por representantes dos setores industriais e de empresas e comunicação – agências de publicidade, emissoras de TV etc. No debate público, o conflito que se tem forjado apresenta uma oposição entre liberdade de expressão e proteção à infância no âmbito das relações de consumo. Esse conflito, no entanto, mostra-se apenas aparente, conforme se mostra a seguir.

2. Publicidade infantil: panorama jurídico

2.1. Marcos normativos

No Brasil, tanto a proteção aos direitos dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII) quanto de crianças e adolescentes (CF, art. 227) derivam de expresso mandamento constitucional. No caso de crianças e adolescentes, a determinação é de que os direitos destes sujeitos sejam assegurados com absoluta prioridade. Trata-se do único caso em que a constituição explicita este tipo de priorização.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) vem regulamentar no país a doutrina da proteção integral, reforçando a disposição constitucional de que cabe a todos, família, sociedade e Estado, assegurar integralmente os direitos humanos destes sujeitos em peculiar processo de desenvolvimento.

Por sua vez, o Código de Defesa do Consumidor trouxe balizas e princípios fundamentais norteadores das relações de consumo no país. Trata-se de normativa de referência inclusive para outros países, extremamente atual e dinâmica, haja vista o seu caráter eminentemente principiológico, que permite sua ampla adaptação mesmo aos problemas mais modernos, trazidos pelo desenvolvimento da sociedade de consumo no país.

A publicidade em geral encontra-se regulamentada no Código de Defesa do Consumidor e por algumas legislações esparsas, sendo que o ECA silencia em relação à publicidade, determinando, no entanto, um dever geral de proteção a crianças e adolescentes face aos mais diversos conteúdos midiáticos – em especial artigos 4º, 76, 78 e 79.

Pode-se dizer que a publicidade constitui-se no instrumento pelo qual o fornecedor faz com que seu produto ou serviço seja conhecido pela coletividade. Mas, em verdade, é muito mais do que isso. A publicidade, atualmente, estimula não apenas o interesse dos consumidores sobre determinados bens, como também induz ao seu consumo. Para tanto, além de produtos, a publicidade difunde valores, modos de vida, padrões de beleza e de comportamento. Ela apresenta parâmetros (sejam refletidos ou forjados) daquilo que pode ser considerado normal, desejável, esperado. Para ser bem sucedida, a mensagem deve dialogar ou refletir, em alguma medida, valores e sentimentos dos indivíduos de determinada sociedade. Sendo assim, impacta profundamente a sociedade, em uma relação de troca mútua: ao mesmo tempo em que reflete valores, os forja; ao mesmo tempo em que sinaliza o que seria um comportamento adequado, normal ou desejável, o estimula. Com isso, marca profundamente os processos de formação dos indivíduos, em especial aqueles em desenvolvimento biopsicológico, como as crianças⁴.

Boa parte dos doutrinadores diferenciam publicidade de propaganda, sendo a primeira dotada de intuito manifestamente venal e a segunda do objetivo primordial de disseminar ideias políticas, filosóficas, religiosas (campanhas políticas, governamentais etc.). Essa diferenciação é fundamental para a discussão que hoje se coloca sobre a regulamentação da publicidade dirigida a crianças. Para fins de estudo e aplicação do Código de Defesa do Consumidor, neste trabalho será utilizado apenas o termo publicidade, que é a mensagem que se insere no contexto de uma relação de consumo, como expressão da atividade empresarial e instrumento essencial ao seu desenvolvimento nos dias atuais.

A publicidade, como ação empresarial destinada a promover o incremento da comercialização de produtos e serviços, é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece uma disciplina, indicando limites para que esta mensagem seja considerada lícita. A matéria é tratada pelos artigos 36, 37 e 38 do código.

Pode-se indicar dois princípios basilares a reger a publicidade: o da identificação da mensagem publicitária e o da veracidade. O primeiro, estabelecido no artigo 36, determina que o consumidor deve ter ciência de

que está sendo exposto a uma mensagem comercial, que teve sua inserção em determinado conteúdo de mídia onerosamente assegurado pelo anunciante. Este aspecto é importante para que o consumidor não confunda conteúdo jornalístico com publicidade ou mesmo não seja induzido a pensar que eventual conteúdo apresentado na mídia como a manifestação de personalidade, ao recomendar o uso de um produto, por exemplo, corresponda a sua verdadeira opinião. O segundo relaciona-se com o princípio geral de boa-fé e transparência nas relações de consumo, segundo o qual as informações veiculadas pelos fornecedores devem ser corretas e verdadeiras, permitindo ao consumidor compreender exatamente as qualidades do produto ou serviço que está sendo anunciado.

O artigo 37 define como ilícita a publicidade enganosa ou abusiva. Nos termos do § 1º e § 3º, é enganosa a publicidade que induza o consumidor a erro sobre as características ou qualidades dos produtos e serviços, seja porque apresenta qualidades que o produto em verdade não tem, seja porque omite informações essenciais. Essas previsões visam assegurar o direito fundamental dos consumidores à liberdade de escolha, na medida em que a falta de informações claras e precisas na publicidade pode afetar negativamente este direito.

Já a publicidade abusiva comporta uma dimensão subjetiva que dificulta a sua identificação na prática. Como a definição de abusividade dependerá da percepção e valores individuais, nem sempre haverá consenso sobre a ilicitude de uma publicidade nos termos do artigo 37, § 2º. Define o código, em rol exemplificativo, que será 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*”. Como se nota, os critérios são bastante amplos e permitem grande margem interpretativa⁵. Segundo Suzana Maria Pimenta Federighi:

“A publicidade abusiva está relacionada à forma de abordagem do consumidor, não sendo obrigatória a existência de outros fatores que induzam a nocividade da prática comercial divulgada. Não está necessariamente ligada à ideia de falta de lisura do produto. O rol de condutas é enumerativo, sendo impossível ao legislador elenca-las exaustivamente.

A publicidade abusiva comporta uma dimensão subjetiva que dificulta a sua identificação na prática

Ela é uma categoria de publicidade ilícita residual, do catálogo de condutas criado pelo CDC no artigo 37, parágrafo 2º. Enquanto a publicidade enganosa depende de uma definição clara da conduta danosa, a publicidade abusiva tem conteúdo mais extenso.

A publicidade abusiva viola os interesses múltiplos da sociedade, viola valores e direitos globalmente, ameaça a incolumidade do indivíduo, Ela é incompatível com todo e qualquer parâmetro de juridicidade. Está oposta ao interesse público, ao interesse social genericamente considerado, desmerece os direitos constitucionais reservados ao indivíduo. Não se coaduna a nenhum interesse que não seja aquele individual do fornecedor de vender seu produto.

*Em todas as modalidades de publicidade abusiva observa-se ofensa a valores da sociedade: o respeito à criança, ao meio ambiente, aos deficientes de informação – conceito que não se confunde com deficiência mental –, segurança e sensibilidade do consumidor. Também vale mencionar uma definição a partir de posicionamento do Supremo Tribunal Federal Americano, que definiu a publicidade abusiva como aquela que ‘ofende a ordem pública, o que não é ético ou que é opressivo ou inescrupuloso’.*¹⁶

Além das previsões do Código de Defesa do Consumidor, há leis específicas que tratam da publicidade, como a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, que traz restrições ao uso e à publicidade de produtos fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, e a Lei 11.265, de 3 de janeiro de 2006, que regulamenta a comercialização de alimentos para lactentes e crianças de primeira infância, além de produtos de puericultura correlatos.

A Lei 9.294/96 atende a mandamento constitucional – § 4º do artigo 220 da Constituição Federal – e trata da publicidade de produtos que possuem, intrinsecamente, potencial risco à saúde do consumidor. A norma atinge e restringe a publicidade de produtos fumígenos – derivados ou não do tabaco –; bebidas alcoólicas – nos termos desta lei aquelas com teor alcoólico superior a treze graus de Gay Lussac; medicamentos e terapias e defensivos agrícolas. Além da proibição da veiculação de publicidade de tabaco, abrangendo inclusive o patrocínio de eventos culturais e esportivos, a lei permite a veiculação de publicidade de bebidas alcoólicas apenas no período entre 21:00 e 06:00 h da manhã (art. 4º). A publicidade de medicamentos somente poderá ser feita se cumpridos certos requisitos, como a inserção de avisos – por exemplo: “ao persistirem os sintomas, o médico deverá ser consultado”. Também há restrição à veiculação de publicidade de defensivos agrícolas que sejam tóxicos (art. 8º). Ainda sobre bebidas alcoólicas, o

Estatuto da Juventude, Lei 12.852, de agosto de 2013, proíbe a veiculação de publicidades “contendo qualquer teor alcoólico com a participação de pessoa com menos de 18 anos de idade”.

Já a Lei 11.265/06 é um pouco mais ampla e regulamenta a comercialização de produtos para a primeira infância e, neste âmbito, a publicidade de alimentos para lactentes. Esta legislação foi em muito impulsionada pelos movimentos de defesa dos direitos de crianças pequenas (primeira infância), preocupados, dentre outros, com a disseminação de informações equivocadas sobre a alimentação de lactentes quando da veiculação de produtos alimentares para estes indivíduos; na medida em que há recomendações da Organização Mundial de Saúde e da comunidade médica em geral para que haja preferencialmente o aleitamento materno exclusivo nos primeiros seis meses de vida.

A norma regulamenta a comercialização e práticas correlatas (inclusive publicidade) dos seguintes produtos: fórmulas infantis para lactentes e fórmulas infantis de segmento para lactentes, fórmulas infantis de seguimento para crianças de primeira infância, leites fluidos, leites em pó, leites modificados e similares de origem vegetal, alimentos de transição e alimentos à base de cereais indicados para lactentes ou crianças de primeira infância e quaisquer outros alimentos à base de leite ou não quando comercializados ou de outra forma apresentados como apropriados para a alimentação de lactentes e crianças de primeira infância, fórmula de nutrientes apresentada ou indicada para recém-nascido de alto risco, mamadeiras, bicos e chupetas (artigo 2º). Veda a promoção comercial de fórmulas infantis para lactentes (inclusive das fórmulas de segmento para lactentes), fórmula de nutrientes para recém-nascidos de alto risco, mamadeiras, bicos e chupetas. Já outros itens, como as fórmulas infantis de transição apenas poderão ser anunciadas com a veiculação de informações como: “O Ministério da Saúde informa: após os 6 (seis) meses de idade continue amamentando seu filho e ofereça novos alimentos.” A norma ainda prevê estritas regras relacionadas, por exemplo, à oferta de amostras grátis destes produtos e eventual presença de profissionais das empresas que os comercializam em hospitais e unidades de saúde, bem como trata de outros aspectos relacionados à venda destes itens, como rotulagem e outros.

Ainda relacionado à publicidade de alimentos, com o aumento significativo dos índices de sobrepeso, obesidade e outras doenças crônicas não transmissíveis, tem sido cada vez mais debatida a regulação da publicidade de alimentos ultraprocessados⁷, inclusive em foros internacionais. No Brasil, a

Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) editou, após longo período em consulta pública (2006 a 2010), a resolução RDC 24, que regulamenta a publicidade de alimentos ultraprocessados, determinando que a publicidade de alimentos com altos índices de sal, gordura e açúcares e as bebidas de baixo valor nutricional deve vir acompanhada de mensagens informativas sobre os riscos implicados no consumo excessivo e habitual destes produtos. A norma foi objeto de contestação judicial por parte da ABIA – Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias e de outras entidades representativas do setor. Em fevereiro de 2013, a 6ª turma do TRF da 1ª região confirmou a decisão de primeira instância, favorável à ABIA, entendendo que a Anvisa não teria competência para regulamentar a matéria.

Como se nota, inobstante as diversas previsões normativas, nenhuma aborda especificamente a maior vulnerabilidade das crianças face aos conteúdos publicitários; a questão depende de interpretação das previsões genéricas do próprio Código de Defesa do Consumidor. Assim, eventual restrição ou proibição baseia-se, via de regra, em uma interpretação sistemática que engloba o artigo 227 da Constituição, os artigos 71, 75 e 76 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁸ e os artigos 36 e 37 do Código de Defesa do Consumidor.

Por este caminho, já é possível sustentar que a criança, enquanto sujeito hipervulnerável no âmbito das relações de consumo, dado o seu peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico, deverá receber sempre proteção adicional. Em outras palavras, resta claro que o direcionamento de publicidade a pessoas com idade inferior a 12 anos de idade reveste-se de intensa abusividade, ferindo não apenas o código consumerista, como a normativa de proteção a crianças e adolescentes.

Pesquisas conduzidas não apenas no Brasil⁹ como também no exterior sinalizam que as crianças devem ser protegidas das mais diversas estratégias de marketing, na medida em que são mais vulneráveis e sofrem seus impactos de forma mais incisiva, pois, pelo menos até os 12 anos de idade, não possuem recursos suficientes para compreender plenamente o caráter necessariamente venal da publicidade, dado que é apenas por volta desta idade que iniciam o processo de desenvolvimento do pensamento crítico-abstrato¹⁰.

No sentido de uma leitura mais integrada das questões relacionadas a direitos de crianças e adolescentes e atividade empresarial, o Comitê das Nações Unidas para os Direitos das Crianças (CRC), responsável pelo monitoramento da implementação da convenção, bem como pelas publicações de recomendações gerais com orientações interpretativas sobre

a convenção, já vem se debruçando sobre o tema. Tanto que já se encontra previsto para setembro de 2014, a abordagem do assunto no âmbito do Dia de Discussão Geral (*Day of General Discussion*), que tratará de temáticas relacionadas a mídia, redes sociais e direitos das crianças. Ainda, o comitê já aprovou a Recomendação Geral 16 de 2013, a qual aborda “As obrigações estatais relacionadas ao impacto das ações mercadológicas para os direitos de crianças”, que já tangencia a matéria¹¹.

2.2. Propostas legislativas

O tema da publicidade infantil tem gerado intensos debates na sociedade brasileira, movimentando significativamente o Poder Legislativo. Atualmente encontram-se em tramitação no Congresso Nacional diversos projetos de lei sobre a matéria:

– *Senado Federal:*

– PLS 282, de 2010, que altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para dispor sobre a publicidade de alimentos direcionada ao público infantil. Atualmente se encontra apensado ao PLS 281, 282 e 283, de 2012, sendo que todos foram tramitados para a Comissão Temporária destinada à modernização do Código de Defesa do Consumidor.

– PLS 360/2012, que altera a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para disciplinar a publicidade dirigida a crianças e adolescentes. O projeto está pronto para ser apreciado na Comissão de Direitos Humanos do Senado Federal.

– *Câmara dos Deputados:*

– PL 1.745/2011, que tramita em conjunto com o PL 5.608/2013 e propõe a regulamentação da publicidade infantil de alimentos.

– PL 6.502/2013, que dispõe sobre medidas para regular a exposição publicitária e comercial de bebidas alcoólicas, altera a Lei 9.294, de 15 de julho de 1996, e a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), e dá outras providências.

– PL 702/2011, que altera a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), restringindo a veiculação de propaganda de produtos infantis.

– PLP 120/2011, que altera o art. 36 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a proteção do consumidor com o fim de estabelecer proibição a toda forma de publicidade de produtos e serviços dentro das escolas de educação básica.

– PL 244/2011, que altera a redação do § 2º do art. 37 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para estabelecer como abusiva a publicidade que possa induzir a criança a desrespeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

– PL 87/2011, que altera o art. 36 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a proteção do consumidor e outras providências, a fim de estabelecer a proibição a toda forma de publicidade de produtos e serviços no âmbito das escolas de educação básica.

– PL 6.968/2010, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente para tornar mais claros os critérios a serem obedecidos pela programação televisiva veiculada no horário destinado a crianças e adolescentes.

– PL 5.921/2001, que acrescenta parágrafo ao art. 37 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências, com o objetivo de proibir a publicidade/propaganda para a venda de produtos infantis.

Os projetos ora relacionados não esgotam a lista de proposições que tratam do tema, pois ao PL 6.968/2010 encontram-se apensados 71 outros projetos e no Senado Federal encontra-se instalada Comissão Temporária para revisar e modernizar o Código de Defesa do Consumidor, na qual estão outras propostas legislativas relacionadas à matéria.

Como se nota, boa parte deles visa regular especificamente a publicidade de alimentos ultraprocessados, sinalizando a grande sensibilidade do Congresso para a relação que vem se estabelecendo entre a publicidade destes produtos e o crescimento alarmante dos índices de sobrepeso, obesidade e outras doenças crônicas não transmissíveis, particularmente entre as crianças. Inobstante, dentre tantos projetos de lei em discussão, merece destaque o PL 5.921/2001, de iniciativa do então deputado Luiz Carlos Hauly. Tramitando há praticamente 13 anos, busca acrescentar ao Código de Defesa do Consumidor redação específica sobre a publicidade dirigida a crianças. A discussão desta proposta normativa é uma das mais avançadas, já tendo contado com diversas audiências públicas e textos substitutivos. Atualmente encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados à espera de designação de relator. Dentre todos os substitutivos aprovados e discutidos, aquele proposto pela deputada Maria do Carmo Lara parece trazer avanços mais significativos, detalhando regramentos diferenciados para a publicidade dirigida a crianças e a adolescentes, em sintonia com a doutrina da proteção integral e as previsões do Estatuto da Criança e do Adolescente¹².

Percebe-se que a sociedade brasileira vem discutindo, por meio de seu parlamento, alternativas legislativas para tratar da questão, já que não há consenso interpretativo na doutrina ou na jurisprudência. O principal embate que se impõe relaciona a questão de eventual regulamentação da publicidade à censura e a restrição indevida à liberdade de expressão.

Quando neste campo, a discussão se torna mais complicada, trazendo à tona traumas e resquícios do período ditatorial experimentado pelo Brasil. No entanto, para clarificar o debate, importa desde logo diferenciar regulação da publicidade e censura. Primeiramente, é preciso lembrar que a publicidade hoje já se encontra regulada: no Código de Defesa do Consumidor e em legislações esparsas, conforme já citado. As disposições do código são definidas pelo próprio texto constitucional como um limite à atividade empresarial (CF, art. 170, V). A publicidade, em particular, deve ser entendida como uma expressão desta atividade, limitada, desde logo, aos ditames do código consumerista. Isso em vista, ainda que as peças publicitárias comportem alguma dimensão criativa ou artística, não se propõem a veicular e disseminar livremente ideias e posicionamentos políticos ou filosóficos. Antes de mais nada, são desenvolvidas mediante contratação de uma empresa que deseja anunciar seus produtos ou serviços, em espaço adquirido onerosamente nos diversos suportes de mídia.

Já a liberdade de expressão é garantia constitucional assegurada a todos os cidadãos como direito fundamental e deve promover a livre troca de ideias, filosofias, ideais políticos etc. A censura é tipicamente o ato de se proibir, previamente à veiculação, a circulação destas ideias. Não se confundem, como se vê, regulamentação da publicidade – que trata de uma ação empresarial com o objetivo de vender produtos e serviços e auferir lucro – com restrições indevidas à liberdade de expressão. Além disso, a censura opera-se sempre previamente, evitando que determinados conteúdos sejam amplamente veiculados na mídia, enquanto que a regulação da publicidade prevê tão somente limites à atividade publicitária, cabendo responsabilização, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, mediante ação fiscalizatória realizada pelo Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, após a veiculação da peça publicitária na mídia. Ou seja, é

A criança, no âmbito das relações de consumo, dado o seu peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico, deverá receber sempre proteção adicional

forma de mitigar, conter e responsabilizar o fornecedor em caso de abusos praticados no âmbito da promoção de seus produtos ou serviços.

Por fim, ainda que forçosamente se pudesse admitir que a publicidade seria alguma forma de “liberdade de expressão empresarial”, ainda assim estaria sujeita a limites definidos constitucionalmente – como o respeito aos direitos fundamentais de crianças e adolescentes – e às previsões do Código de Defesa do Consumidor e demais normativas esparsas.

3. A publicidade infantil no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor

A questão da publicidade infantil não é pacífica no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. Embora seja temática controversa, justamente pela novidade que apresenta, alguns órgãos já têm se posicionado a respeito, na medida em que o controle da publicidade pode ser feito de forma difusa e concorrente pelos diversos órgãos de defesa do consumidor – núcleos especializados do Ministério Público, defensorias, Procons estaduais e municipais. Nesse contexto, podem ser observadas medidas administrativas e ações judiciais sobre a matéria.

No âmbito administrativo, as decisões já publicadas são mais promissoras do que aquelas encontradas no judiciário. Parece já haver consenso em alguns órgãos, como por exemplo o Procon/SP, de que direcionar publicidade às crianças consubstancia-se em publicidade abusiva, passível de repressão. Há pelo menos três processos administrativos que culminaram em multa aplicada pelo órgão e que, ao menos até o momento, ainda não foram judicializadas¹³, todas relacionadas à publicidade de alimentos ultraprocessados:

“Auto de Infração 05466-D7, lavrado em 05.08.10. Alsaraiva Com. Empreendimentos Imob. e Part. Ltda. Veiculou a campanha publicitária denominada ‘Kit Habib’s que bicho é esse?’ na qual enfatiza a atuação das personagens – atores mirins interagindo com os 16 bichinhos inanimados divulgados, cantando e se divertindo muito – associando-as a sentimentos e estados de espírito tais como a diversão, a felicidade e a inserção social, aproveitando-se do desenvolvimento incompleto das crianças e da sua natural falta de posicionamento crítico, para induzi-las a possuir os brindes adquiridos separadamente ou mediante a compra do kit composto de duas esfirras, uma porção de batatas fritas e um suco de laranja – produtos alimentícios e bebidas produzidos pela autuada – substituindo, dessa forma, seus desejos espontâneos por aqueles despertados por

esses apelos mercadológicos, além de promover o consumo de alimentação pouco saudável, concorrendo para hábitos alimentares inadequados especialmente para esse público. Multa aplicada no valor de R\$ 2.408.240,00.

Auto de infração 1715 – D6, lavrado em 03.09.07. Sadia S/A. Empresa acima qualificada veiculou a campanha publicitária ‘Promoção Mascotes Sadia’ em revistas, outdoors, televisão e Internet, com vigência entre 19/06/2007 a 12/08/2007, ou enquanto durarem os estoques, sendo necessário para participar a aquisição de 05 produtos da empresa contendo selos de cores diferentes (vermelho, azul, amarelo, preto e branco), acrescentar mais R\$ 3,00 em dinheiro e trocar por uma mascote (patinador, tenista, jogador de vôlei, jogador de futebol e judoca). No vídeo veiculado na TV e no site www.mascotesadia.com.br aparecem somente crianças que cantarolam o ‘jingle’ da promoção, brincam, dormem e vão à escola com suas mascotes, outrossim, neste anúncio que é vocalizado por locutor, há a utilização de comandos imperativos, com a utilização das palavras ‘confira’, ‘colecione’ e ‘participe’, contrariando o item 2 do anexo H do Código de Auto-regulamentação publicitária do Conselho de Auto-regulamentação Publicitária – CONAR – que disciplina a propaganda comercial de alimentos, refrigerantes, sucos e bebidas assemelhadas, nas quais o anunciante deve abster-se da utilização de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo quando o produto for destinado à criança. Pesquisas demonstram que 85,5% das crianças assistem TV diariamente, 74% acessam a Internet e se informam através destes meios, crianças estão cada vez mais influentes na hora da compra, 88,5% acompanham a pessoa responsável pelas compras, 56% disseram que o que é mais fácil de pedir e conseguir são comidas, lanches e doces (as fontes das pesquisas são, respectivamente: Kiddo’s Brasil 2006, Pesquisa Welbeing, Kiddo’s 2006 e Pesquisa CN.COM.BR). Dessa forma, o autuado aproveita-se da inexperiência, da deficiência de julgamento e da influência que as crianças exercem sobre os pais para conseguirem as mascotes, induzindo-os à aquisição de produtos que não são voltados especificamente para elas. A razão da compra dos alimentos vinculados à promoção não é pautada pela sua necessidade ou pela qualidade desses produtos, mas pela vontade das crianças em adquirir a coleção completa das 05 diferentes mascotes. Sendo assim, o autuado infringiu o § 2º do artigo 37 da Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor. Valor da multa: R\$ 305.493,33. No mesmo sentido, Auto de Infração 05186 – D-7, lavrado em 29.06.10, em face de Dunga Produtos Alimentícios Ltda. Multa aplicada no valor de R\$ 158.240,00.”

No âmbito do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC) da Secretaria Nacional do Consumidor/MJ, embora haja diversas investigações em andamento, uma decisão de 2010 marcou um

limite importante para o *merchandising* dirigido a crianças. A reprovação ao *merchandising* não é pacífica nem na doutrina nem na jurisprudência, sendo que a discussão relaciona-se com a possível violação ao princípio da identificação da mensagem publicitária. O código não disciplina esta matéria em específico, mas tão somente assegura a observância do princípio da identificação da mensagem publicitária.

Nesse contexto é que se verifica, então, a inovação do posicionamento do DPDC. Tendo sido instaurado processo administrativo que identificou a veiculação de *merchandising* em programação infantil, foi aplicada sanção de multa no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), nos termos da Nota Técnica 173/2011 – CGAJ/DPDC/SDE. O processo contou com posicionamento do Ministério Público Federal, o qual se manifestou por meio de Nota Técnica do Grupo de Trabalho sobre publicidade infantil no sentido de que, *“como as crianças ainda não possuem capacidade cognitiva para discernir e compreender o caráter persuasivo da publicidade, decorre que as práticas comerciais dirigidas a elas podem ser consideradas inerentemente abusivas e enganosas. No que tange especificamente ao merchandising, a questão se agrava, pois agregada à falta de capacidade de discernimento para compreender genericamente o caráter persuasivo da publicidade comercial, tem-se que a ação publicitária em comento é indireta, utiliza-se de inserções em programas infantis de entretenimento para divulgar e incitar o consumo.”* Considerou-se que a ação da emissora de inserir *merchandising* na programação infantil configurou violação aos artigos 4º, caput, I e III, 6º, IV e VI, 36, 37, § 2º, e 39, IV, todos do Código de Defesa do Consumidor. A decisão é inovadora porque trata de dois temas revestidos de polêmica: o *merchandising* e o direcionamento de mensagem publicitária ao público infantil. Nesse sentido, o órgão pacificou que não é lícito veicular anúncios camuflados em meio a conteúdos de mídia direcionados ao público infantil. Uma primeira decisão que traz sinalizações positivas para aqueles setores que buscam maior rigor na repressão a publicidade abusiva como um todo.

Por seu turno, o Ministério Público de São Paulo vem propondo uma série de ações civis públicas questionando a legalidade da publicidade de alimentos ultraprocessados dirigida a crianças. Essa atuação tem sido bastante importante para posicionar a questão no âmbito dos tribunais e verificar a resposta dos magistrados ao tema. Foi encontrada uma sentença positiva e três acórdãos, brevemente relatados a seguir.

Asentença prolatada no bojo do processo 0007025-09.2010.8.26.0004, referente à ação civil pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo

em face de Dolly do Brasil Refrigerantes Ltda., é bastante audaciosa. A ação contesta a publicidade dos refrigerantes Dolly, bebida descrita como “perfeita para o lanche e preferida pelas mães”. Inobstante o alardeado pela publicidade, a bebida comercializada não possui qualquer valor nutricional e se dirige eminentemente ao público infantil, incentivando o seu consumo, seja por meio das animações utilizadas na peça, seja mediante a difusão de que seria a “preferida das mães”, sugerindo que a sua ingestão seria não apenas autorizada, mas também incentivada pelas mães. No pedido o Ministério Público requereu a condenação da empresa-ré em obrigação de não fazer consistente em: “1) não veicular: i) por qualquer meio, publicidade dirigida a crianças e adolescentes que associe o consumo dos refrigerantes por ela produzidos, que contenham açúcar a uma vida saudável, ii) publicidade de refrigerante que contenha açúcar adicionado durante a programação infantil das emissoras de televisão, iii) publicidade de refrigerante que contenha açúcar adicionado nas publicações direcionadas ao público infantil; 2) informar aos consumidores, de forma clara e ostensiva, em toda publicidade de refrigerantes que contenham açúcar adicionado, veiculada por qualquer meio, bem como em todos os respectivos rótulos, embalagens e invólucros, que o consumo excessivo de açúcar pode prejudicar a saúde; 3) abster-se de promover qualquer modalidade de concurso, sorteio ou promoção, bem como de distribuir quaisquer brindes ou prêmios, como forma de fomentar o consumo por crianças e/ou adolescentes de refrigerantes que contenham açúcar adicionado, tudo sob pena de incidência de multa de R\$ 10.000.000,00 em caso de violação de qualquer das condenações impostas, em qualquer parte de território nacional, sem prejuízo de outras medidas cabíveis, como a veiculação de contrapropaganda.”

A questão da
publicidade infantil
não é pacífica
no âmbito do
Sistema Nacional
de Defesa do
Consumidor

Em sua defesa, a empresa-ré articulou sua argumentação principalmente em torno do fato de que não há proibições à venda deste tipo de produto e que a imposição de sanções a apenas esta empresa em particular feriria o princípio da isonomia entre as indústrias de refrigerantes, infringindo o princípio da livre concorrência. Argumentou, ademais, que há normas de autorregulamentação da matéria que seriam suficientes para lidar com o problema.

Atendendo ao pedido do *parquet* e fundamentando a sua decisão nos dados apresentados sobre a crescente epidemia de obesidade e doenças crônicas não transmissíveis em crianças no país e no dever de assegurar-se a garantia integral dos direitos de crianças e adolescentes (artigo 227, Constituição Federal), determinou-se ser imperioso protegê-las da exploração comercial de sua inexperiência (em atenção ao artigo 37, § 1º e 2º do Código de Defesa do Consumidor). *In verbis*:

Considerando a nocividade à saúde que o consumo excessivo do refrigerante pode causar, cumulado com o objetivo precípua da propaganda, instigação ao consumo em massa, legítima e legal se mostra a necessidade de restrição de veiculação da propaganda neste período e nestas publicações, pois atingem exatamente as crianças e adolescentes, que têm proteção integral com absoluta prioridade pela Constituição, especialmente no que se refere à saúde e dignidade. A inexperiência da criança é explorada de forma a permitir o consumo excessivo de produto prejudicial à saúde, ante o seu alto teor calórico e baixo valor nutricional. (...)

O princípio da boa-fé, transparência e dever de clara e precisa informação, como acessórios a garantir a proteção integral à criança e ao adolescente e o respeito ao consumidor (preceitos constitucionais) impõe o dever de explicitar de forma clara e ostensiva, em toda publicidade de refrigerantes que contenham açúcar adicionado, veiculada por qualquer meio, bem como em todos os respectivos rótulos, embalagens e invólucros, que o consumo excessivo de açúcar pode prejudicar a saúde.

Por fim, considerando que a propaganda do produto dá-se também pela forma de promoções, concursos, sorteios e distribuições de brindes ou prêmios, prática que explora a inexperiência e deficiência de julgamento das crianças, e visa, como toda propaganda, ao aumento do consumo, deve prevalecer a proteção à saúde das crianças em detrimento ao fim exclusivamente econômico que está por trás da publicidade, qual seja, aumento das vendas e lucros da empresa ré.

Portanto, na colisão dos direitos envolvidos na presente lide, o direito à liberdade de expressão da atividade comercial, traduzido pela publicidade impugnada, que tem a finalidade de promover a bebida industrializada de alto teor calórico e, em última análise aumentar as vendas da ré (finalidade econômica/capitalista) merece restrição, limitação, em prol da preservação da saúde das crianças e adolescentes.

A restrição constitucional deve ser reconhecida visando a proteção absoluta da criança e do adolescente de responsabilidade não só dos pais, mas também do Estado e da Sociedade.

A inversão dos valores envolvidos, ou seja, prevalecer a liberdade de expressão em detrimento da proteção infantil, protagoniza o capitalismo exacerbado, minimizando a importância da qualidade de vida e saúde de nossas crianças, o futuro desse país. (grifos inseridos)

Embora positivo, este posicionamento ainda é isolado no poder judiciário brasileiro. É importante perceber, ainda, que embora os efeitos negativos do direcionamento da publicidade a crianças possam ser observados em diversos aspectos (erotização precoce, sobreposição de valores materialistas a humanistas, incentivo ao consumo excessivo e insustentável, consumo precoce de álcool, tabaco e outras drogas etc.), é no campo da alimentação que as maiores discussões sobre o tema têm se centrado. Possivelmente porque os efeitos do consumo exagerado de alimentos ultraprocessados são literalmente mais visíveis e palpáveis: obesidade e sobrepeso desde a infância, aumento dos índices de doenças crônicas não transmissíveis, dentre outras.

Em linhas gerais, a argumentação desenvolvida pelo setor regulado e acolhida nos tribunais, em casos que envolvem a publicidade destes alimentos, defende ser de responsabilidade exclusiva dos pais o controle e o monitoramento das escolhas alimentares de seus filhos. Entendem ainda que eventual limitação à publicidade dirigida a crianças encerraria uma forma de censura, na medida em que ofenderia a liberdade de expressão empresarial. Ora, como já abordado, esta tese é bastante controversa ao emprestar uma categoria de direitos fundamentais a pessoas jurídicas, com objetivo primordial de auferir lucro.

O acórdão publicado em 1º de dezembro de 2010 julga improcedente a apelação cível 990.10.282755-0, interposta pelo Ministério Público de São Paulo no bojo de ação civil pública proposta em face de Pepsico do Brasil Ltda. Versa a ação sobre a venda casada de alimentos ultraprocessados, no caso salgadinhos, com itens atrativos ao público infantil, chaveirinhos de personagens caros às crianças. De forma resumida, o tribunal entendeu não haver venda casada, por considerar “irrisório” o brinquedo (chaveiro) vendido em conjunto com o alimento. Justifica, também, a adoção desta estratégia de marketing pela empresa em questão como uma prática comum no mercado, corriqueira entre “empresas de renome” (sic) como Nestlé, Sadia e Bauducco. Ainda responsabiliza integralmente os pais pelo eventual consumo desmedido de alimentos ultraprocessados e justifica a improcedência do pedido no fato de que eventual restrição à prática publicitária desta empresa em particular feriria o princípio da igualdade:

Providências têm sido tomadas pelas autoridades sanitárias para a redução desses componentes nocivos, o que tem produzido alguns resultados satisfatórios, mas, em relação às crianças, nada substitui a orientação e a autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil.

Assim, condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento, sem contar que isso não foi objeto de pedido expresse formulado na peça vestibular.

Na apelação interposta pelo Instituto Brasileiro de Defesa da Cidadania (994. 06.164688-0), no bojo da ação civil pública proposta em face de Coca Cola Indústria Ltda. e Companhia de Bebidas das Américas, o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a improcedência da ação, determinada em primeira instância. O pleito foi ajuizado pela organização da sociedade civil com o objetivo central de restringir a publicidade de refrigerantes e demais bebidas adoçadas direcionada a crianças. Em síntese, a ação teve como pedido a imposição de obrigação de não fazer às rés, consistente em abster-se de realizar publicidade das bebidas adoçadas direcionada às crianças, com o objetivo de se conter a epidemia de obesidade infantil que se alastra na sociedade brasileira.

O acórdão apresenta uma série de argumentos relacionados a aspectos processuais da demanda e, no que se refere ao mérito, concentra-se nos seguintes argumentos: i) inexistência de restrição legal expressa a esse tipo de publicidade (em atenção ao artigo 220, § 4º, da Constituição Federal); ii) necessidade de se garantir o princípio da isonomia e da livre iniciativa, considerando que as rés não são as únicas empresas do mercado a comercializarem este tipo de produto; iii) a restrição à publicidade no caso em tela restaria inócua em termos de se alcançar a finalidade pretendida, qual seja, a redução dos índices de obesidade infantil (haja vista que as demais empresas seguiriam realizando publicidade direcionada a esse público-alvo). Posiciona-se o tribunal:

Assim, impor restrições e proibições a apenas algumas das empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados enseja a violação ao princípio da livre concorrência, pois somente elas serão sancionadas com restrições e proibições, sendo possível às demais empresas, fabricantes dos mesmos produtos, utilizar-se da via da publicidade para divulgar os seus produtos e com isso aumentar a respectiva comercialização em detrimento das correes, o que fere, por óbvio, o princípio da isonomia.

Como quer que seja, existem inúmeros produtos que contêm açúcar, tais como chocolates, gomas de mascar, balas, pirulitos e cujas publicidades não sofrem qualquer proibição ou restrição. A imposição a somente algumas empresas que fabricam e comercializam produtos contendo açúcar constituiria tratamento desigual entre iguais, o que, como sabido e ressabido, não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

Não se pode olvidar, ademais, que as restrições e proibições objeto da presente ação civil pública podem ocasionar confusão entre os consumidores, vale dizer, a restrição e a proibição de veiculação de publicidade de refrigerantes e sucos adoçados impostas somente às empresas constantes dos autos, consubstanciam medida inócua para o fim almejado nesta demanda, porque as demais empresas continuarão veiculando a publicidade referida e os consumidores ficarão sem entender o porquê das empresas-corrés não poderem veicular publicidade ou sofrer restrições nesta publicidade e as outras fabricantes não.

Demais disso, conforme ressaltado pelo eminente Desembargador Enio Santarelli Zuliani, ao analisar caso ao presente assemelhado:

“(...) Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. Portanto, se as crianças não possuem discernimento para decidir, porque censurar o marketing de refrigerantes?...” (TJ/SP – 4ª. Câmara de Direito Privado - Apelação n. 566.275.4/7 – São Paulo – Des. Rei. Ênio Santarelli Zuliani, j. 3.9.2009).

No mesmo sentido, foi decidido o acórdão relativo à apelação cível 994.04.072694-0, interposta pelo Ministério Público de São Paulo em face de Companhia de Bebidas das Américas (Ambev), Pepsi Cola Industrial da Amazônia Ltda. e Pepsico Inc. No caso da apelação 566.275.4/7, em que figuram como apelante o Ministério Público e apelada a Coca Cola Indústrias Ltda., que versa sobre o mesmo tema, manifestou-se

A normativa
consumerista
surge em meio
a discussões
eminentemente
sociais e em um
momento de crise
econômica

também o tribunal pelo não provimento da ação, tendo como principais fundamentos o princípio da livre iniciativa a reger a ordem econômica, a responsabilidade dos pais, familiares e educadores em prover informação e educação adequada às crianças e problematiza a adoção de medidas judiciais a limitarem a publicidade. Também se apoia em mecanismos de autorregulamentação para afastar qualquer possibilidade de regulação legal da publicidade infantil:

Os refrigerantes figuram nas listas dos vilões da modernidade, a exemplo do que sucede com os cigarros, as bebidas alcoólicas, alimentos manufaturados e até o sistema de comida rápida (fast-food), e estão no alvo de uma acirrada cruzada para modificação de hábitos e vícios, o que constitui um desafio hercúleo em virtude da dificuldade de alteração do modus vivendi imposta pela onda da cultura ocidental. A presente lide está assentada em uma colisão de direitos fundamentais, pois se de um lado concorre uma espetacular defesa da saúde coletiva, notadamente das crianças e adolescentes, que são traídos pelo prazer da bebida doce e gasosa que é nula de valores energéticos ou vitamínicos, do outro está postado o direito de explorar um segmento comercial não reprovado pelas autoridades públicas, mormente da vigilância sanitária. O que se propõe estudar e isso ocorre em todos os casos em que se discute qual o direito preponderante entre os valores confrontados, se existe razoabilidade ou proporcionalidade nas medidas restritivas que o Ministério Público pretende impor na comercialização de refrigerantes.

O recurso critica o julgamento no estado da lide, ao argumento de que a decisão precipitada obstruiu produção de provas sobre os fatos constitutivos do direito deduzido. Não é possível acolher essa tese porque não se discute um dos itens da causa petendi, ou seja, de o refrigerante adocicado, fabricado pela apelada, ser um produto miserável em nutrientes e, ao mesmo tempo, rico em calorias. Trata-se de fato notório e que independe de provas, até pela suficiência das evidências probatórias encartadas nos autos e que indicam a probabilidade do desenvolvimento de obesidade e grande risco de atrair diabetes aos que vertem, exageradamente, os líquidos gaseificados que expulsaram o suco de frutas dos momentos de refeição e da hidratação diferenciada. O problema é de ordem social e de política de saúde pública e custa crer a indiferença ou descaso com o assunto.

O que é emblemático – e nesse particular foi acertada a r. sentença – é o que exigir do Judiciário na solução desse grave problema, sabido que a interferência do juiz na esfera das atividades privadas autorizadas e por meio de intervenção no campo publicitário, em certos contextos, poderá ser avaliada como uma inutilidade que desmoraliza a própria função e efetividade do serviço público

(art. 5º, XXXV, da CF). O refrigerante em excesso engorda, como engordativos são o chocolate, o macarrão, a pizza, o cachorro-quente, a bolacha, a batata chip, as balas, sorvetes e guloseimas e tantos outros produtos que são deliciosos e do gosto da maioria, especialmente as crianças. Os adultos não resistem aos salgadinhos, pães, queijos amarelos, patês, vinhos, cervejas e tudo isso aumenta o peso e a barriga abdominal. Será preciso constar das embalagens de tais produtos que o consumo é prejudicial à saúde? Evidente que não. Os riscos do consumo dos objetos citados e tantos outros que igualmente fazem oscilar os números das balanças e as fitas que medem a cintura dos indivíduos são conhecidos e dispensam anúncios extravagantes, porque a preferência por eles não diminui com estardalhaço, mas, sim, com campanha educativa. A educação é que dita as regras e estabelece metas possíveis de um consumo inofensivo.

Não há, data vênua dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o light e diet, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo.

O sistema jurídico é subsidiário da gestão pública e será receptivo das metas que busquem a autorregulamentação do setor de publicidade, com medidas de incentivo para que a população imponha os limites, e isso somente será possível mediante informações com propósitos cívicos (formar opiniões), evitando, sempre que permitido, estabelecer praticas arbitrárias e que se assemelham à censura imposta em países de regimes totalitários. Os jornais noticiaram que 24 empresas, entre elas McDonalds, Coca-Cola e Kellogg's, assumiram compromisso formal perante a Anvisa de não fazerem publicidade voltada a crianças de zero até 12 anos em programas de TV em que 50% ou mais da audiência seja constituída por esse público (Folha de São Paulo, 26.8.2009, C4), o que constitui um bom começo. Cabe, portanto, ao Estado, dentro da autorização concedida para atuar (art. 220, § 4º, da CF) emitir os comandos pertinentes, o que explica a promulgação da Lei 9.294/96 (sobre tabaco) e da

Lei 9.294/96 (publicidade em parte restritiva de bebidas alcoólicas). Como constou dos memoriais encaminhados pelo professor Arruda Alvim, foi editada a Resolução Anvisa 360, de 23.12.2003, estabelecendo as normas de rotulagem nutricional dos alimentos industrializados.

Ante este preocupante cenário que sinaliza entendimento majoritário do Tribunal de Justiça de São Paulo sobre a matéria, parece ser preciso estimular a difusão de informações acuradas e precisas sobre a questão, esclarecendo de uma vez por todas a inexistência de um dilema envolvendo regulação da publicidade dirigida a crianças, liberdade de expressão e exercício da livre iniciativa comercial. Também é importante fortalecer os órgãos que exercem a tutela administrativa, como os Procons e o próprio DPDC, validando e repercutindo as decisões positivas que já tiveram.

4. Considerações finais

Ante as informações apresentadas, observa-se como o aprofundamento do debate sobre a regulação da publicidade dirigida a crianças faz-se urgente e necessário. É preciso desmistificar os posicionamentos de tendência mais liberal, que insistem em estimular a confusão entre regulação da publicidade infantil e censura.

O fato de encontrarmos uma previsão ampla e genérica sobre publicidade abusiva no Código de Defesa do Consumidor não tem sido suficiente para proteger as crianças dos mais diversos e incisivos apelos publicitários. As interpretações variam desde aquelas que compreendem que este direcionamento já se encontra proibido até aquelas que defendem ser legítima a publicidade infantil desde que segundo certos padrões éticos. Exatamente porque a baliza da abusividade no código depende de valores morais e portanto variáveis, parece ser interessante estabelecer, em norma própria, regras específicas que protejam as crianças dos apelos de marketing e tracem limites à publicidade dirigida a adolescentes.

Para começar a desconstruir as percepções absolutistas relacionadas à maximização das liberdades individuais transferidas a empresas privadas é preciso integrar sinergicamente os campos de defesa do consumidor e proteção a crianças e adolescentes, observando que já há parâmetros bastante claros relacionados à atividade publicitária, trazidos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor e as diversas normas de proteção a crianças e adolescentes. Órgãos que exercem a tutela administrativa dos direitos dos consumidores,

no âmbito do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, já têm sido bem-sucedidos ao integrar essas normas, concluindo pela absoluta abusividade do direcionamento de publicidade a crianças.

Notas

¹ LIPOVETSKY, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

² “As principais mudanças ocorridas no período recente, de meados de 1980 até hoje, apontam a internacionalização da economia brasileira e a integração forçada e tardia em uma sociedade mundial de consumo global, com a prevalência da abertura dos mercados, desregulamentação da economia e privatização de serviços públicos. É o ápice da formação da sociedade de consumo no Brasil. Agora uma sociedade totalmente inserida no chamado mercado global.” SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 65.

³ SODRÉ, Marcelo Gomes. *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2007, p. 124-5.

⁴ Nesse sentido, consultar: LINN, Susan. Crianças do Consumo: a infância roubada. São Paulo, Instituto Alana, 2006; NARIN, Agnes e MAYO, Ed. Consumer Kids. How big business is grooming our children for profit. London, Constable, 2009; KILBOURNE, Jean. Can't buy my love: how advertising changes the way we think and feel. New York, Touchstone.

⁵ “De se observar, entretanto, que todas as modalidades de publicidade abusiva elencadas no dispositivo supracitado importam em ofensa a valores constitucionais, ambientais, éticos e sociais, e é isso que, como regra, a caracteriza. Como diz Antônio Herman Benjamin, ‘pode-se afirmar que abusivo é tudo aquilo que, contrariando o sistema valorativo da Constituição e das Leis, não seja enganoso. Leva em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana. Entre eles, estão os valores da dignidade da pessoa humana, do trabalho, do pluralismo político, da solidariedade, do repúdio à violência e a qualquer comportamento discriminatório de origem, raça, sexo, cor, idade, da intimidade, privacidade, honra e imagem das pessoas, da valorização da família, da proteção ampla à criança, ao adolescente e ao idoso, da tutela energética da saúde, do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural.” CAVALIERI Filho, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 129.

⁶ FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Algumas notas sobre a publicidade no CDC. *In* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. SODRÉ, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA, Patrícia (orgs.). São Paulo, Editora Verbatim, 2009, p. 235-6.

⁷ “A essa categoria de alimentos, produzidos majoritariamente por empresas transnacionais, pertencem produtos panificados, biscoitos, bolos, sorvetes, gelatinas, ‘barra de cereal’, doces em geral, embutidos, molhos, ‘macarrão instantâneo’, sopas desidratadas, batata chips e similares, refrigerantes e bebidas adoçadas em geral, entre tantos outros. A matéria-prima típica desses alimentos, aqui denominados ultraprocessados e de baixo valor nutricional – como óleos, gorduras, farinhas, amido, açúcar e sal –, acrescidos de conservantes, estabilizantes, flavorizantes e corantes. Em face de sua condição de alimentos prontos, é comum que sejam consumidos isoladamente ou acompanhados

de outros alimentos do mesmo grupo: por exemplo, pães e embutidos, biscoitos e refrigerantes.” MONTEIRO, Carlos Augusto; CASTRO, Inês Rugani Ribeiro. Porque é necessário regulamentar a publicidade de alimentos. In: *Revista Ciência e Cultura*, v. 61, n. 4, 2009, p. 56-9; p. 57.

⁸ Garantem às crianças e adolescentes o pleno acesso à informação, à cultura e outros produtos e serviços que estejam adequados à sua idade e à sua condição de pessoa em especial processo de desenvolvimento, os quais devem ser sempre anunciados juntamente com sua classificação indicativa.

⁹ “As autonomias intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, a idade dos 12 anos para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade.

Decorre do que foi rapidamente lembrado acima que, se interpretarmos ‘resistência mental’ como a capacidade de passar as mensagens alheias pelo crivo da crítica, temos de fato que tal resistência, na criança, é inferior à do adulto. Como as propagandas para o público infantil costumam ser veiculadas pela mídia, e a mídia costuma ser vista como instituição de prestígio, é certo que seu poder de influência pode ser grande sobre as crianças. Logo, existe a tendência de a criança julgar que aquilo que mostram é realmente como é, e que aquilo que dizem ser sensacional, necessário, de valor, realmente possui essas qualidades. Acrescentaria aqui que é coerente com o espírito de todo o texto do Decreto a referência ao emprego de personagens que dirigem programas infantis. Com efeito, tais personagens costumam ter grande prestígio aos olhos da criança, costumam ser, para elas, quase que figuras de autoridade: logo, seu poder de influência é grande e acaba sendo exercido, não em benefício da criança, mas sim do anunciante. (...)

Ora, sabe-se – e todas as teorias do desenvolvimento afirmam-no – que a criança tem uma inteligência extremamente ativa, que é muito observadora, que estabelece relações entre os fenômenos que presencia e entre as ideias que tem ou que percebe nos outros. Portanto, do ponto de vista funcional, não há diferença entre a inteligência adulta e a infantil, e muito menos deficiência da segunda em relação à primeira.

Em compensação, há diferença de estrutura. Dos dois aos sete anos em média, a criança ainda não possui as ferramentas intelectuais necessárias ao estabelecimento de demonstrações lógicas e para perceber e superar contradições, quando presentes, nos raciocínios próprios e nos dos outros. E, dos sete aos 12 anos, sempre em média, embora tais ferramentas já tenham sido construídas, permanecem apenas aplicáveis a situações concretas, concreto significa aqui referência a experiências vividas, e não a virtuais ou possíveis. Dito de outra forma, nessa fase a criança está no mundo do real, e não do possível. A partir dos 12 anos, suas estruturas mentais assemelham-se às do adulto, faltando-lhe, é natural, o acúmulo de conhecimento e experiências de vida que não deixará de ter.

Portanto, é correto dizer que a criança não tem a mesma compreensão do mundo que o adulto, se for entendido, com essa afirmação, que, além de menor experiência de vida e de menor acúmulo de conhecimentos, ela ainda não possui a sofisticação intelectual para abstrair as leis (físicas e sociais) que regem esse mundo, para avaliar criticamente os discursos que outros fazem a seu respeito.” Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida a crianças. Conselho Federal de Psicologia. Parecer do professor Yves de la Taille. Outubro de 2008.

¹⁰ “Most researchers agree that children’s ability to understand the *purpose* or *intention* of TV advertising is one of the most important prerequisites for them to be able to develop a critical or questioning attitude to it. For example, evidence from many studies indicates that is not until children have understood the purpose of TV advertising that they question whether the image advertising gives of a product is ‘true’ or ‘false’, ie form a view about how true the advertising is.(...)”

The results that have attempted to distinguish between different degrees of understanding or levels of awareness, all indicate that is *only* after the age of 12 the children develop a *fuller understanding* of the purpose of advertising.” The Effects of Advertising on Children. The National Swedish Board for Consumer Policies. October, 1994, p. 27-8.

¹¹ Determina o Comitê em sua Recomendação Geral que: “Em relação ao setor comercial, as medidas para assegurar a implementação do artigo 6º deverão ser adaptadas de acordo com o contexto nacional e incluir medidas preventivas tais como a regulação e o monitoramento da publicidade e do marketing, bem como o impacto ambiental dos negócios.”

¹² Para acompanhar a tramitação completa deste projeto de lei e acessar os diversos substitutivos já apresentados, consultar: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=43201>. Acesso em 10.01.2014.

¹³ Tem-se notícia de outras multas já aplicadas pelo órgão sobre o tema, mas que, por encontrarem-se *sub judice*, não podem ser divulgadas.

A PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL E O ASSÉDIO PELA INTERNET

SUSANA ALMEIDA*

Professora-Adjunta na Escola Superior de Tecnologia e Gestão do
Instituto Politécnico de Leiria
Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra

EXCERTOS

“A transferência da publicidade infanto-juvenil para o mundo virtual parece igualmente justificar-se como forma de contornar o apertado cerco que algumas legislações nacionais têm erguido para proteger os mais novos das investidas publicitárias”

“As crianças e os jovens não estão ainda munidos de um escudo de defesa cognitivo que lhes permita criar um filtro para proteção dos raios influenciadores ou mesmo hipnóticos da publicidade que os atingem provindos de diversas fontes”

“Com o fito de salvaguardar o desenvolvimento físico, mental ou moral das crianças e jovens, e considerando a sua especial credulidade, inocência e vulnerabilidade psicológica, o legislador nacional, no seguimento de imperativos comunitários, veio estabelecer restrições quanto ao conteúdo da publicidade infanto-juvenil”

“As mensagens de correio eletrónico, bem como as janelas com conteúdo publicitário (v.g., banners, interstitial adds ou pop-up windows) devem estar visivelmente identificadas e o mesmo sucede com os advertorials ou com os advergames, sob pena de violação deste dispositivo”

*** Outras qualificações da autora**

Doutora em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca e Dirigente da Associação Portuguesa de Direito do Consumo.

1. Considerações iniciais: a sedução do “admirável mundo novo” digital a distintos utilizadores telemáticos

A internet é um “admirável mundo novo” digital que, através de um pequeno ecrã de um computador, de um telemóvel, de um *tablet* ou de uma televisão e à distância de um clique, permite a celebração de negócios, a difusão e obtenção de conhecimento, a governação, o convívio, o lazer e o sonho, em tempo real e sem fronteiras. A rápida disseminação deste instrumento tecnológico entre miúdos e graúdos, empresas e instituições públicas, à escala planetária, veio revolucionar e reconfigurar a sociedade contemporânea, hoje apelidada de “Sociedade da Informação”¹.

Em Portugal, em 2013, 62% das famílias dispunham de acesso à internet². Quanto a dados mundiais, em 2012, encontrávamos aproximadamente de 2,4 mil milhões de utilizadores da internet, cerca de 34,3% da população mundial³. Nesse mesmo ano, Portugal apresentava 5,950,449 usuários telemáticos⁴ e, no Brasil, a cifra fixava-se em 88,494,756⁵.

Entre os usuários telemáticos, as crianças e jovens parecem ser os que mais fácil e propensamente se deixam enredar pelas sedutoras vantagens das novas tecnologias de informação e comunicação (TIC). Com efeito, as estatísticas oficiais revelam que são as famílias com crianças e jovens que “mais rápida e intensamente se convertem aos novos média e os trazem para dentro de casa”⁶. Segundo informação do Instituto Nacional de Estatística (INE) referente a 2012, a utilização das TIC encontrava-se largamente difundida entre os jovens dos 10 aos 15 anos: 98% utilizam computador, 95% acedem à internet e 93% usam o telemóvel⁷.

Outro tipo de utilizador da internet que se encantou com as múltiplas e inegáveis vantagens que o ambiente digital lhe poderia oferecer foram as empresas. Com efeito, como escrevemos noutra sede, “o desenvolvimento exponencial da internet e as suas singulares características, mormente o fato de ser uma montra virtual, pouco dispendiosa, interativa, personalizada e transfronteiriça, que pode ser consultada e alterada em tempo real, conduziram a que esta fosse contemplada pela generalidade das empresas como um poderoso suporte publicitário”⁸. De fato, a internet, além de permitir celebrar negócios em tempo real, sem recurso a papel ou constrangimentos geográficos, possibilita ao empresário a disseminação da informação comercial dos seus produtos e serviços, com as referidas vantagens, para um conjunto incomensurável de potenciais clientes (pelo menos, 2,4 mil milhões, como vimos)⁹. Assim se compreende que se tenha verificado uma transferência da

publicidade para este espaço virtual de comunicação e que, atentos às suas evidentes virtudes, os empresários apostem cada vez mais na comunicação comercial digital e na diversificação do seu formato¹⁰, como veremos *infra*. Efetivamente, foram avançados dados que indicam que, em 2012, o montante de investimento na publicidade *online*, a nível mundial, ultrapassou a cifra dos 100 mil milhões de dólares, prevendo-se que, em 2015, se invistam quase 150 mil milhões de dólares em publicidade digital¹¹.

Será igualmente de assinalar, nestas considerações introdutórias, que o tempo que os cibernautas infanto-juvenis passam *online* tem aumentado exponencialmente. Estudos revelam que 53% das crianças portuguesas com idades compreendidas entre os 9 e 16 anos acedem à internet diariamente ou quase diariamente, sobretudo a partir de casa e particularmente no quarto (93% acedem a partir de casa e 67% fazem-no no seu quarto) e, em virtude de políticas nacionais desenvolvidas desde 2008, cerca de 63% dessas crianças e jovens dispõe do seu próprio computador portátil¹². Semelhante estudo desenvolvido no Brasil mostra que 47% das crianças com idades compreendidas entre os 9 e 16 anos acede à internet diariamente ou quase diariamente e 60% o fazem a partir de casa, mas, desta feita, em espaços comuns, como a sala de estar¹³. Neste mesmo país, estima-se que as crianças com idades compreendidas entre os 2 e os 11 anos passam uma média de dezessete horas por mês *online*¹⁴. Entre as atividades desenvolvidas pelos cibernautas infanto-juvenis no espaço digital, salientam-se a utilização da internet para realização dos trabalhos escolares, visita das redes sociais, em particular do Facebook, visionamento de videocliques, participação em jogos *online* e envio de mensagens instantâneas ou emails, entre outras¹⁵.

Ora, conscientes de que as crianças e jovens constituem “consumidores” ativos, influenciadores do consumo familiar e futuros consumidores adultos¹⁶ e, por outro lado, cientes de que estes são agora frequentadores regulares do mundo virtual, com parca supervisão, os anunciantes e os publicitários têm apostado de forma expressiva, como vimos, no desenvolvimento de técnicas e ferramentas de marketing e publicidade especialmente talhados para este ambiente e com efeito acutilante e pernicioso na formação da personalidade e comportamento das nossas crianças e jovens. A transferência da publicidade infanto-juvenil para o mundo virtual parece igualmente justificar-se como forma de contornar o apertado cerco que algumas legislações nacionais têm erguido para proteger os mais novos das investidas publicitárias¹⁷.

É justamente sobre os perigos que resultam da sujeição a esta radiação publicitária *online* e, bem assim, sobre a sua complexa regulamentação e difícil controlo que nos propomos falar no presente trabalho.

2. Os perigos da sujeição à radiação publicitária online

As crianças e jovens não têm a mesma capacidade dos adultos em identificar e compreender as motivações que subjazem às comunicações comerciais. Com efeito, em tenra idade, as crianças têm alguma dificuldade em reconhecer as mensagens publicitárias ou distingui-las da realidade e, quando começam a criar essa percepção, a maioria não entende o seu carácter persuasivo e não consegue adotar uma atitude crítica antes dos 11 ou 12 anos. Deste modo, as crianças e os jovens não estão ainda munidos de um escudo de defesa cognitivo que lhes permita criar um filtro para proteção dos raios influenciadores ou mesmo hipnóticos da publicidade que os atingem provindos de diversas fontes.

A radiação publicitária *online* será a que hoje representa quicá mais perigos para a modelação da personalidade e do comportamento consumidor da criança e jovem. Saliente-se, desde logo, que, para estar *online*, a criança e jovem não precisa de um computador, sendo suficiente a utilização de um *tablet*, de um telemóvel, de um *iPod*, de Tv a cabo interativa ou consola interativa. Por outro lado, a publicidade *online* não está sujeita aos rigorosos limites temporais estatuídos na Lei 27/2007, de 30 de julho, alterada pela Lei 8/2011, de 11 de abril (Lei da Tv)¹⁸, nem é precedida pelo designado “separador” exigido para a publicidade na televisão ou rádio (cfr. art. 8º, nº 2, do Código da Publicidade, e art. 40º-A da Lei da Tv) . Acresce que, com a transposição do mundo *offline* para o mundo *online*, o controlo parental, a montante, e das autoridades nacionais, a jusante, dos conteúdos veiculados nas comunicações comerciais digitais é sobrejamente mais difícil. É óbvio que os progenitores ou outros responsáveis têm o “dever *in vigilando*”, mas, no que respeita à regulação e controlo pelas autoridades nacionais, colocam-se, como veremos, complexos problemas de fixação de competências e de uniformização de critérios jurídicos de apreciação dos conteúdos, na medida em que a internet é a “aldeia global” e que pensar que se podem controlar os conteúdos em toda a sua extensão mundial e ubíqua é uma mera quimera¹⁹.

Por outro lado, os profissionais do segmento conseguem criar práticas comerciais e publicitárias desleais que confundem a informação ou o lazer com a publicidade (*v.g.*, jogos *online*²⁰, clubes de internet, curiosidades, dicas, brincadeiras), que promovem a recolha de dados pessoais do cibernauta infanto-juvenil, que a este se moldam tendo em conta as suas pegadas digitais e que incitam, de forma ludibriosa, a celebração de negócios jurídicos não autorizados pelos titulares das responsabilidades parentais²¹.

As redes sociais, especialmente o Facebook²², representam igualmente uma séria ameaça neste domínio. Estudos revelam que, em 2011, 38% das crianças europeias com idades compreendidas entre 9 e 12 anos²³ e 77% das mesmas crianças com idades compreendidas entre os 13 e os 17 anos tinha um perfil numa rede social e, no que respeita a Portugal, os valores eram 38% e 78%, respectivamente²⁴. Já quanto à presença das crianças brasileiras nas redes sociais, em 2012, 70% dos cibernautas com idades compreendidas entre os 9 e os 16 anos tinham um perfil pessoal²⁵. É consabido que as redes sociais são financiadas principalmente pela publicidade, pelo que, durante o acesso ao perfil, as crianças e jovens visionam permanentemente mensagens publicitárias no mural ou lateralmente. Sucede que, na maior parte dos casos, as mensagens publicitárias anunciam produtos ou serviços destinados a adultos, podendo conter referências, por exemplo, a jogos, serviços de subscrição, bebidas alcoólicas, produtos milagrosos ou alimentos pouco nutritivos.

Como decorre, as crianças e jovens dos dias de hoje, já apelidados de “*Facebook generation*”, sofrem uma exposição desmedida à radiação publicitária como resultado da frequência assídua do mundo virtual, que acima comprovámos. No que tange às consequências desta exposição, serão tão ou mais devastadoras do que as que resultam da exposição à publicidade televisiva, desde logo em virtude de a publicidade *online* não estar sujeita a inúmeras restrições erigidas pela legislação nacional à publicidade televisiva e, bem assim, devido ao fato de a página ou portal que aloja tal publicidade não ser português e, portanto, não se pautar pelas regras nacionais. Referimo-nos a consequências como a disseminação de valores consumistas, aumento de problemas sociais, desequilíbrio da estrutura emocional, erotização precoce, hábitos alimentares não saudáveis, obesidade, anorexia, bulimia etc²⁶.

3. As formas de assédio comercial pela internet

Os publicitários e anunciantes socorrem-se de diversas formas, tipos e formatos de comunicações comerciais digitais. Sem termos a veleidade de ser exaustivos, não só devido à modesta dimensão do presente trabalho, como também em virtude de este ser um espaço em constante mutação devido aos contínuos desenvolvimentos tecnológicos, vejamos alguns dos principais modos de comunicar as mensagens publicitárias no ciberespaço.

As páginas *web* ou *sites* são páginas da internet, isto é, hipertextos, onde as empresas, regra geral, apresentam informação institucional e anunciam os seus bens ou serviços. Alguns destes sítios funcionam como verdadeiros estabelecimentos virtuais, oferecendo a possibilidade de consultar os catálogos e realizar aquisições em rede. As empresas poderão utilizar os testemunhos de conexão ou *cookies*, que são pequenos ficheiros de dados enviados pelo servidor *web* para os *browsers* que visitam as suas páginas *web* e que permitem conhecer o percurso digital do utilizador e, por conseguinte, identificar as suas preferências comerciais²⁷. Com a utilização desta ferramenta telemática, as empresas podem moldar as suas operações publicitárias ao perfil do usuário assim traçado. É, pois, neste contexto, que podemos encontrar os *behaviorally targeted ads*, que são os anúncios criados em resultado do rastreamento da referida pegada digital. Por exemplo, se fizer uma pesquisa sobre hotéis numa determinada cidade, reparará que a oferta desses hotéis parece persegui-lo na sua navegação. Além destes, também podemos encontrar os *contextually targeted ads*, que são anúncios relacionados com os conteúdos ou os sites visitados pelo utilizador, bem como os *location-based ads* ou *geotargeting*, que são anúncios baseados na localização geográfica do utilizador.

As crianças e jovens não têm a mesma capacidade dos adultos em identificar e compreender as motivações que subjazem às comunicações comerciais

Os *banners* constituem quadros gráficos ou pequenas janelas, com imagens ou textos, de várias dimensões, na horizontal ou na vertical, que usualmente contêm animação e que promovem bens, serviços ou a imagem de uma empresa, de uma organização, de um evento, etc., permitindo a ligação ao sítio do anunciante, mediante um clique. Esta será talvez a forma mais comum de comunicação comercial na internet, sendo usada sobretudo nos sítios com maior tráfego.

O correio eletrónico é também uma das ferramentas tecnológicas mais utilizadas, neste domínio, porquanto pouco dispendioso e sobejamente eficaz, podendo chegar a um número incomensurável de destinatários. A comunicação publicitária por correio eletrónico pode ser solicitada – o que sucede quando o usuário consente no envio de mensagens de teor publicitário – ou não solicitada – o que sucede quando o usuário não deseja, não solicita, nem consente no envio de comunicações de carácter publicitário. Ao crescente fenómeno do envio e recebimento de comunicações eletrónicas

não solicitadas atribui-se a designação de *spamming* e às ditas comunicações dá-se o nome de *spam*²⁸.

Os *metatags* fazem parte da linguagem *html* ou *xhtml* e são palavras-chave, etiquetas ou frases, não acessíveis aos utilizadores, colocadas na construção das páginas, que indicam aos motores de busca da internet qual o conteúdo de uma página. O *keywords selling* corresponde à venda de palavras-chave, que permite que as empresas que recorrem ao expediente sejam as primeiras referências entre os resultados apresentados pelos motores de busca²⁹.

Os *splash screens* ou *intersticial adds* são páginas preliminares que precedem a página principal do *website* e que, geralmente, apresentam publicidade, promovem uma característica do *website* ou solicitam dados ao utilizador (*v.g.*, idade ou email). Regra geral, não é possível fechar estes anúncios, devendo o utilizador aguardar que seja reconduzido à página principal depois de alguns segundos.

Semelhantes são as *pop-up windows*, que correspondem a janelas com conteúdo publicitário que simplesmente abrem ou flutuam quando o utilizador acede a determinados sítios, e que necessitam de ser por este fechadas. Estas janelas podem conter *flash* ou *DHTML ads*, que utilizam animação, vídeo ou outros elementos de movimento.

Temos igualmente os *microsites*, que, à semelhança das *pop-up windows*, são verdadeiros sítios eletrónicos que abrem e aparecem por cima do sítio que o utilizador se encontrava a visitar.

Também encontramos os *advertorials* que aparentam ser textos com informação objetiva ou de opinião inseridos em *websites*, mas desenhados para encobrir publicidade a bens ou serviços relacionados com o conteúdo do *website*, em desrespeito pelo princípio da identificabilidade.

Os *layers* são elementos móveis ou dinâmicos que passeiam pelo ecrã sobre os conteúdos do *website* e que, mediante um clique, conduzem o utilizador ao *website* do anunciante.

Os *links* ou hipernexos são referências em hipertexto, que remetem o utilizador a outras páginas *web*.

Outra forma publicitária de relevo, no contexto que nos interessa, são os *in-app ads*. Estas mensagens publicitárias são diretamente inseridas em

O consumidor
não poderá
deixar-se
contaminar
pela inércia das
autoridades
nacionais

aplicações de telefones ou *tablets*, tais como jogos, sendo particularmente difíceis de detectar. Repare-se que alguns jogos são totalmente criados pelas empresas com o principal propósito de realizar este tipo de publicidade³⁰.

4. Brevíssimas notas sobre o regime jurídico e autorregulamentar da publicidade infanto-juvenil em Portugal

Com o fito de salvaguardar o desenvolvimento físico, mental ou moral das crianças e jovens, e considerando a sua especial credulidade, inocência e vulnerabilidade psicológica, o legislador nacional, no seguimento de imperativos comunitários, veio estabelecer restrições quanto ao conteúdo da publicidade infanto-juvenil. Com efeito, prevê o art. 14º, n. 1, do Código da Publicidade que a publicidade dirigida a crianças e jovens deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se nomeadamente de conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral e, neste seguimento, o legislador luso submeteu este tipo de publicidade à observância de determinadas condições. Assim, de acordo com o citado preceito, a publicidade infanto-juvenil não pode (i) incitar diretamente as crianças e jovens, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço; (ii) incitar diretamente as crianças e jovens a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão; (iii) conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como a sua saúde ou segurança, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência; (iv) explorar a confiança especial que as crianças e jovens depositam nos seus pais, tutores ou professores.

As referidas preocupações estão igualmente latentes no Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, referente às práticas comerciais desleais, mormente na al. e) do art. 12º, que proíbe a inclusão em anúncio publicitário de uma exortação direta às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados. Por outro lado, este diploma elege as crianças e jovens como “consumidores particularmente vulneráveis” merecedores de tutela especial (cfr. art. 6º, al. a), do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março)³¹. Assim, por exemplo, constitui uma frequente prática comercial desleal indicar que o jogo descarregado das lojas virtuais da Apple ou do Google é gratuito e depois

exigir pagamentos reais – ainda que aos inocentes olhos de uma criança ou jovem pareçam virtuais – para continuar a jogar ou para obter energia extra ou outros bens virtuais (cfr. art. 8º, al. z) do Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março).

No que respeita à participação de crianças e jovens nas mensagens publicitárias, estatui o n. 2 do mesmo art. 14º do Código da Publicidade que “os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação direta entre aqueles e o produto ou serviço veiculado”. Assim, este dispositivo veda a utilização de imagens de crianças e jovens em comunicações comerciais, enquanto intervenientes principais no caso de não se verificar uma relação direta entre aqueles e o produto ou serviços publicitado³². Como assinala Ana Luísa Gerales, visa-se obstar ao “abuso da utilização da imagem do menor como forma de atrair a atenção dos consumidores e de os sensibilizar através da inocência e graça próprias das crianças, criando nos consumidores a propensão para a compra e aquisição desses bens ou produtos onde os menores intervissem injustificadamente”³³.

O legislador luso estabeleceu, igualmente, algumas restrições quanto ao objeto da publicidade. Desde logo, no que tange à publicidade a bebidas alcoólicas, estatui o art. 17º, n. 1, do Código da Publicidade que esta só é consentida, entre outros requisitos, se não se dirigir especificamente a crianças e jovens e, em particular, se não os apresentar a consumir tais bebidas. Por outro lado, o n. 5 do predito preceito acrescenta que “as comunicações comerciais e a publicidade de quaisquer eventos em que participem menores, designadamente atividades desportivas, culturais, recreativas ou outras, não devem exibir ou fazer qualquer menção, implícita ou explícita, a marca ou marcas de bebidas alcoólicas”. Adita ainda o n. 6 do mesmo dispositivo que “nos locais onde decorram os eventos referidos no número anterior não podem ser exibidas ou de alguma forma publicitadas marcas de bebidas alcoólicas”. Relativamente à publicidade ao tabaco, atente-se na proibição geral de todas as formas de publicidade e promoção ao tabaco contida no art. 16º da Lei 37/2007, de 14 de agosto.

Sobre as restrições em razão do lugar, merece referência o disposto no art. 20º do Código da Publicidade, relativamente à publicidade em estabelecimentos de ensino. Tal preceito proíbe a “publicidade a bebidas alcoólicas, ao tabaco ou a qualquer tipo de material pornográfico em estabelecimentos de ensino, bem como em quaisquer publicações,

programas ou atividades especialmente destinados a menores” e, portanto, acrescentamos nós, nos seus portais eletrônicos oficiais.

Acresce que o DL 175/99, de 21 de maio, no seu art. 2º, n. 3, proíbe a publicidade a serviços de audiotexto dirigida a menores de 26 anos.

No que concerne à autorregulamentação, o Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras formas de Comunicação Comercial do Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP) apresenta alguns dispositivos particularmente atentos à especial vulnerabilidade das crianças e jovens. Desde logo, no que respeita à avaliação de uma comunicação dirigida a crianças, estabelece o art. 3º, n. 4, que estas devem ser entendidas como um dos grupos “vulneráveis” e, portanto, é preciso ter sempre presente a sua credulidade e inexperiência naturais. Por outro lado, o art. 22º prevê que as comunicações dirigidas ou caracterizadoras de crianças ou jovens “não podem comprometer, desvalorizar nem prejudicar a atitude, o comportamento social e o estilo de vida positivos”, acrescentando, *inter alia*, que não deve explorar a inexperiência ou credulidade deste grupo vulnerável e, bem assim, que não deve conter nenhuma declaração ou tratamento visual que possa afetar moral, mental ou fisicamente, crianças ou jovens. Sobre comunicação comercial em rede, estabelece o art. D5 que, “em toda e qualquer oferta de produtos e serviços dirigidos às crianças através dos meios eletrônicos, devem incentivar-se os pais e/ou tutores a participarem nas atividades interativas dos seus filhos e/ou a supervisioná-las” e estatui o art. D6, al. b), que “a comunicação comercial relativa a produtos atentatórios dos direitos das crianças deve ser, sempre que possível, claramente identificada”. Será ainda de mencionar, neste contexto, o Código de Autorregulação em matéria de comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigidas a crianças aprovado pelo ICAP³⁴.

5. A regulação da publicidade infanto-juvenil na internet

5.1. Preliminares

No título anterior, abordámos, ainda que em breve traços, os principais dispositivos nacionais que pautam a publicidade infanto-juvenil. Como decorre, os preceitos especialmente delineados pelo legislador nacional para regular este tipo de publicidade não fazem referência à utilização do suporte publicitário telemático. Ora, a questão que se coloca é a de saber se as regras que vinculam a publicidade no “mundo *online*” são as mesmas que

regem a publicidade no “mundo real” ou se existem regras específicas para a publicidade no “mundo *online*” e, por outro lado, qual o critério da sua aplicação, ou seja, se estas regras se aplicam a todo o domínio da internet ou apenas às comunicações comerciais alojadas numa página ou portal português.

Devido ao carácter “aterritorial” e ubíquo da internet, as comunicações comerciais podem ser inseridas na rede em qualquer parte do mundo e ser visualizadas instantaneamente na parte oposta. Neste sentido, colocam-se sérios e complexos problemas concernentes à uniformização dos critérios jurídicos de apreciação dos conteúdos³⁵, à recolha e utilização de dados pessoais, à jurisdição e ao controlo de tais mensagens. Ora, a solução destes problemas não poderá passar pela simples proibição da publicidade na internet, em virtude da salvaguarda dos direitos de liberdade de expressão e informação, liberdade de criação cultural e de livre iniciativa económica, consagrados, no que ao nosso ordenamento respeita, respetivamente nos arts. 37º, 42º e 61º da Constituição da República Portuguesa (CRP), tal como proclamam os anunciantes³⁶. Vejamos, por isso, que soluções apontam os direitos europeu, nacional e autorregulamentar.

5.2. O direito europeu

A regulação da publicidade digital no espaço europeu encontra-se, desde logo, na Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento e do Conselho, de 8 de junho de 2007, conhecida abreviadamente como a Diretiva do Comércio Eletrónico. Este instrumento comunitário procurou responder a algumas das questões que acima enunciámos.

Em primeiro lugar, a diretiva começa por definir, no seu art. 2º, al. f), “*comunicação comercial*” – expressão que visa designar a publicidade – como “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato”, excluindo, por um lado, “as comunicações relativas a mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de uma forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras” e, por outro, “as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico”. Visou-se, pois, distinguir, claramente e com contornos precisos, publicidade de informação³⁷.

Depois, a *regulação da matéria das comunicações comerciais* encontra-se nos arts. 6º e ss., salientando-se que o art. 6º consagra o princípio da identificabilidade da comunicação comercial.

No que respeita à questão da jurisdição, a diretiva introduziu o *princípio do controlo na origem* (cfr. considerando 22 e art. 3º, n. 1), com exceção da autorização de comunicações comerciais não solicitadas por correio eletrónico, à qual é aplicável o princípio do controlo no destino (art. 3º, n. 3)³⁸. Deste modo, um anunciante português deverá atentar na regulamentação publicitária do nosso ordenamento no momento de criação e inserção da publicidade numa página ou portal português, sem embargo de poder celebrar contratos com consumidores de outros países da União Europeia³⁹. Não obstante, este diploma não apresenta normas de direito internacional privado em matéria de conflitos com leis fora da União Europeia (cfr. considerando 23). Assim, no caso de um conflito decorrente de publicidade inserida em Portugal e visualizada nos Estados Unidos, poderá não ser aplicável o princípio do controlo na origem e, por conseguinte, as normas atinentes à atividade publicitária desse país também deveriam ser respeitadas. Será, não obstante, de assinalar que o princípio do controlo na origem começa também a introduzir-se no direito comparado, como sucedeu inicialmente no caso *Yahoo*⁴⁰.

Finalmente, na al. e) do art. 16º, a diretiva incentiva a elaboração de códigos de conduta, além do mais, em matéria de proteção de menores.

Neste âmbito, é mister mencionar ainda a Recomendação 98/560/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de setembro de 1998, relativa ao desenvolvimento da competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação através da promoção de quadros nacionais conducentes a um nível comparável e eficaz de proteção dos menores e da dignidade humana, bem como a Recomendação 2006/952/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativa à proteção dos menores e da dignidade humana e ao direito de resposta em relação à competitividade da indústria europeia de serviços audiovisuais e de informação em linha.

Com relação às *comunicações eletrónicas não solicitadas*, vulgarmente designadas de *spam*, consulte-se o disposto no art. 13º da Diretiva 2002/58/CE

As crianças e jovens
parecem ser os
que mais fácil e
propensamente
se deixam enredar
pelas sedutoras
vantagens das
novas tecnologias
de informação e
comunicação

(Diretiva “Privacidade e Comunicações Eletrónicas”), com a redação conferida pela Diretiva 2009/136/CE. Esta diretiva contém igualmente novas exigências no que tange à “publicidade comportamental *online*” e ao uso de *cookies*.

Outrossim, a Diretiva Serviços de Comunicação Social Audiovisual⁴¹, visando proteger o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores e a dignidade humana em todos os serviços de comunicação social audiovisual (cfr. considerando 59), enuncia várias disposições relativas à proteção de menores em matéria de comunicações comerciais audiovisuais, a saber: os arts. 9º, n. 1, als. *d*) e *e*) e 22º respeitam a publicidade de bebidas alcoólicas; o art. 9º, n. 2, incentiva o desenvolvimento de códigos de conduta neste âmbito; o art. 12º refere-se aos serviços de comunicação social audiovisual a pedido; e o art. 27º encerra o capítulo atinente à proteção de menores na radiodifusão televisiva.

Em particular, sobre a proteção das crianças e jovens no ambiente digital, devemos atentar nas Conclusões do Conselho sobre a proteção das crianças no mundo digital (2011/C 372/04), bem como no Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 13 de setembro de 2011, sobre a aplicação da Recomendação do Conselho de 24 de setembro de 1998 e da Recomendação do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de dezembro de 2006, acima referidas, e, finalmente, na Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2012, sobre a proteção das crianças no mundo digital (2012/2068(INI)).

Em linhas gerais, estes instrumentos assinalam a criação de um ambiente digital seguro para os menores, assente na dignidade humana, segurança e respeito pela vida privada e, bem assim, salientam a relevância da promoção da literacia digital⁴². Pese embora o ambiente em linha ofereça às crianças e jovens valiosas ferramentas, estes documentos enfatizam unanimemente os riscos potenciais consideráveis que tal ambiente pode trazer para a privacidade e dignidade deste grupo particularmente vulnerável, nomeadamente pela recolha ilícita de dados ou pela exposição a publicidade imprópria para a idade⁴³. Por outro lado, considerando a diversidade legislativa e de aproximações ao tema dos vários estados-membros, estes instrumentos comunitários apontam a autorregulação e a correção como soluções viáveis para alcançar a predita proteção⁴⁴, além de incentivarem a aliança educativa entre famílias, escola, sociedade civil e partes interessadas⁴⁵. A resolução de 2012 insta, além do mais, a Comissão “a incluir nas suas prioridades principais a proteção das crianças contra a publicidade televisiva e em linha de índole agressiva ou enganadora” (ponto 23).

Relativamente à *tutela dos dados pessoais das crianças e jovens* no mundo digital, vem estatuir o art. 8º da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, de 25 de janeiro de 2012, que, “no que respeita à oferta de serviços da sociedade da informação às crianças, o tratamento de dados pessoais de uma criança com idade inferior a 13 anos só é lícito se, e na medida em que, para tal o consentimento seja dado ou autorizado pelo progenitor ou pelo titular da guarda dessa criança”⁴⁶.

5.3. O direito português

O Decreto-Lei 7/2004, de 7 de janeiro, procedeu à transposição da mencionada Diretiva 2000/31/CE, apresentando a *regulamentação específica das comunicações comerciais em rede* nos arts. 20º e ss.

O art. 20º vem delimitar o conceito de comunicação publicitária em rede, com os mesmos contornos traçados pela diretiva e que referimos *supra*.

O art. 21º dá consagração nacional ao *princípio da identificabilidade* das comunicações comerciais em rede, estabelecendo que tais comunicações devem ser claramente identificadas, de modo a serem facilmente apreendidos por um destinatário comum a natureza comercial da mensagem, o anunciante e, por outro lado, as ofertas promocionais e os concursos ou jogos, bem como os condicionalismos a que ficam sujeitos. Assim, as mensagens de correio eletrónico, bem como as janelas com conteúdo publicitário (*v.g., banners, interstitial adds* ou *pop-up windows*) devem estar visivelmente identificadas e o mesmo sucede com os *advertorials* ou com os *advergames*, sob pena de violação deste dispositivo.

Relativamente às comunicações comerciais não solicitadas ou *spam*, a Lei 46/2012, de 29 de agosto, que procedeu à transposição da Diretiva 2009/136/CE, alterou o art. 22º do diploma em análise, que era a sede legal da matéria, transferindo-a para a Lei 41/2004, de 18 de agosto, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, mormente para os seus arts. 13º-A e ss. A largos traços, o art. 13º-A, n. 1, da Lei 41/2004, de 18 de agosto, proíbe o envio de comunicações comerciais não solicitadas sem o prévio e expresse consentimento do titular dos dados pessoais, sendo que, no caso dos menores, o consentimento deverá ser dado, em nosso entender, pelo titular das responsabilidades parentais.

No que diz respeito à questão da jurisdição, seguindo as linhas orientadoras da referida diretiva, os arts. 4º e 5º do Decreto-Lei 7/2004,

de 7 de janeiro, introduzem igualmente no nosso ordenamento o descrito *princípio do controlo na origem*, com as exclusões previstas no art. 6º. Já os arts. 11º e ss. deste diploma consagram, no seguimento das orientações da diretiva, a regra geral da desresponsabilização dos fornecedores de serviços. Assim, o prestador intermediário de serviços não está sujeito ao dever geral de vigilância ou de investigação sobre os conteúdos que transmitem ou armazenam (cfr. art. 12º), pese embora esteja obrigado a informar quando tenha conhecimento de atividades ilícitas e esteja obrigado a prevenir ou pôr termo à infração (cfr. art. 13º). O prestador intermediário de serviços que realize o simples transporte, quando não tem qualquer interferência no conteúdo da informação, está isento de responsabilidade (cfr. art. 14º), à semelhança do prestador de serviços de armazenagem temporária ou fornecedor de espaço (cfr. art. 15º). No que respeita à armazenagem principal em servidor, este não será responsável se não tiver conhecimento efetivo da atividade ou informação ilícitas e desde que este atue no sentido de retirar ou impossibilitar acesso à informação a partir do momento que tenha conhecimento da ilicitude (cfr. art. 16º).

Refira-se, por último, sobre a supervisão do cumprimento destas normas, que o n. 2 do art. 35º institui a Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações como entidade de supervisão central, ainda que a matéria da fiscalização da publicidade seja, em geral, da competência da Direção-Geral do Consumidor (DGC), em conformidade com o disposto no art. 13º, n. 2, al. f), do Decreto-Lei 126-C/2011, de 29 de dezembro, e no art. 2º, n. 2, al. j), do Decreto Regulamentar 38/2012, de 10 de abril.

Feita esta breve enunciação das normas especificamente aplicáveis à publicidade em rede, vejamos agora se as regras gerais aplicáveis às comunicações comerciais, independentemente do suporte, são igualmente aplicáveis à publicidade inserida em ambiente digital.

O conceito de publicidade insito art. 3º do Código da Publicidade parece abarcar as comunicações comerciais digitais, pelo que a publicidade na internet estará sujeita ao regime previsto neste código, salvo disposição especial em contrário, como é o caso dos dispositivos referentes à publicidade televisiva⁴⁷. Assim, o regime jurídico atinente à publicidade infanto-juvenil que acima tivemos o ensejo de sumariar – e que não se resume apenas ao Código da Publicidade – será aplicável às comunicações comerciais inseridas nas páginas ou portais portugueses, tendo em conta o referido princípio do controlo na origem. Deste modo, deve atentar-se igualmente nos princípios gerais que regem a publicidade contidos nos arts. 6º e ss. do Código da Publicidade, nos casos de proibição total de publicidade (*v.g.*,

jogos de fortuna ou azar, ou tabaco), na imposição de conteúdo mínimo de informação (como sucede, por exemplo, no caso dos cursos e ações de formação), entre outros dispositivos deste código, bem como no disposto na Lei de Defesa do Consumidor (Lei 24/96, de 31 de julho)⁴⁸ ou na Lei de Proteção de Dados Pessoais (Lei 67/98, de 26 de outubro) e demais normas com relevo nesta área.

5.4. A autorregulação

Muitos defendem que, em virtude da dificuldade de aplicação das regras nacionais a um ambiente transnacional, a melhor solução para a regulação da internet “nasceria dela própria”, isto é, seria criada pelos próprios atores do mundo digital⁴⁹. Falamos da chamada autorregulação.

Desde logo, em 1937, foi aprovado e depois revisto pela Câmara do Comércio Internacional (CCI)⁵⁰ o *Código Internacional da Prática Publicitária*, que veio consagrar alguns princípios básicos no que tange às comunicações comerciais direcionadas ao público infanto-juvenil. Com efeito, dispõe o art. 18º daquele código que a mensagem não deve comprometer as atitudes, o comportamento social e o estilo de vida das crianças e jovens, que devem ser necessariamente positivos, acrescentando ainda que os produtos não destinados às crianças e jovens não devem ser anunciados a este público e, por outra via, que as mensagens não devem explorar a sua particular inexperiência e credulidade. A respeito da proteção dos dados pessoais das crianças e jovens, o art. 19º prevê um conjunto de regras que devem orientar a recolha e o tratamento dos seus dados, designadamente encoraja a obtenção do consentimento do progenitor ou de outro adulto antes de fornecer dados pessoais em ambiente digital. O art. D5 dedica-se especialmente às comunicações comerciais digitais e às crianças e jovens, estatuidando, *inter alia*, que os progenitores ou responsáveis devem ser encorajados a participar e/ou supervisionar a atividade digital das crianças e jovens, que os sítios da internet dedicados a produtos ou serviços sujeitos a restrições em razão da idade (*v.g.*, álcool, jogos de fortuna ou azar e tabaco) devem adotar medidas para restringir o acesso às crianças e jovens e que as comunicações comerciais digitais dirigidas a crianças e jovens de uma determinada faixa etária devem ser apropriadas e adequadas a estas crianças e jovens⁵¹.

Igualmente sob os auspícios da CCI, e com a preocupação de obviar o sério problema da obesidade infantil, a Comissão de Marketing e Publicidade aprovou, em 2012, um conjunto de princípios orientadores

das comunicações comerciais atinentes a alimentos e bebidas dirigidas a crianças: *Framework for Responsible Food and Beverage Marketing Communications 2012*⁵².

Merecem também referência, neste título, dois documentos criados sob a égide da *European Advertising Standards Alliance (EASA)*⁵³, a saber: o *EASA Digital Marketing Communication Best Practice*, que, baseado nos princípios delineados no Código Internacional da CCI, enuncia um conjunto de melhores práticas publicitárias em ambiente digital; e o *EASA Best Practice Recommendation on Online Behavioural Advertising*, que apresenta uma série de recomendações dirigidas à proteção da privacidade do consumidor que é objeto de “publicidade comportamental online” (OBA), estabelecendo expressamente o princípio IIIA que não devem ser criados segmentos especialmente desenhados para atingir crianças menores de 12 anos através do uso de “publicidade comportamental online”.

Por último, devemos mencionar o *Self-Regulatory Program for Children's Advertising*⁵⁴ criado pela *Children's Advertising Review Unit (CARU)* do *Council of Better Business Bureaus* dos Estados Unidos, que encoraja a criação de mensagens publicitárias verdadeiras, precisas e sensíveis à especial natureza das crianças, com algumas orientações específicas no que respeita à publicidade e recolha de dados *online*.

A propósito do Código de Conduta do ICAP, a secção D deste código apresenta um conjunto de normas éticas que devem pautar a publicidade e outras formas de comunicação comercial através dos meios eletrónicos, com a consagração do princípio do controlo na origem (cfr. art. D1) e com dois dispositivos especialmente tuteladores das crianças e jovens neste domínio, os arts. D5 e D6, al. b), como vimos acima.

Apesar das naturais limitações de sistema de autorregulação, mormente o fato de não ser fiscalizado por uma autoridade nacional e de não apresentar sanções materialmente coercíveis, este método apresenta inúmeras vantagens (*v.g.*, acompanha mais rapidamente a evolução social, evita a complexidade e morosidade do processo administrativo, rapidez da intervenção, etc.)⁵⁵ e pode constituir uma resposta eficaz no auxílio dos acervos legais nacionais neste domínio. Com efeito, se as organizações de operadores da indústria da publicidade conseguissem criar, a nível mundial ou, pelo menos, regional, linhas diretrizes comuns, cujo respeito e fiscalização fosse assegurado pelas entidades autorreguladoras de cada país, a questão da disparidade de critérios de apreciação e da jurisdição seria ultrapassada.

6. Considerações finais

As crianças e jovens são hoje experientes e frequentes navegadores da *world wide web*. Estes “pequenos” utilizadores do mundo virtual revelam uma particular apetência para perceber e acompanhar a evolução das novas tecnologias, com o claro apoio dos pais e das autoridades nacionais, que acreditam que a literacia digital será uma ferramenta fundamental no futuro. Apesar das incomensuráveis vantagens e experiências proporcionadas pelo ambiente digital, a navegação na internet expõe, além do mais, este grupo vulnerável aos perigos de uma radiação publicitária que pode ser prejudicial para a sua integridade física ou moral, mormente a publicidade enganosa, ilícita, agressiva ou a recolha ilícita de dados.

O périplo que fizemos pelas diversas normas provenientes de distintas fontes atinentes à temática que nos ocupa permitiu-nos concluir, por um lado, que o ordenamento interno – em particular, o Código da Publicidade e a Lei da Proteção de Dados Pessoais – deveria integrar dispositivos que contemplassem a regulação da comunicação comercial na rede e a proteção das crianças e jovens, bem como a recolha de dados *online* das crianças e jovens e, por outro lado, que a natureza ubíqua e transnacional da internet coloca sérios problemas sobre a uniformidade de critérios de apreciação e jurisdição. Repare-se que, mesmo atendendo à legislação que enunciámos atinente à União Europeia e concernente ao ordenamento interno, é extremamente difícil fiscalizar o conteúdo das mensagens publicitárias em rede. Aliás, se as autoridades nacionais não controlam e são absolutamente inertes quanto às reiteradas violações do Código da Publicidade e demais legislação aplicável aos suportes *offline*, menos diligentes serão – devidos às particulares características da internet – no controlo e repressão do desrespeito das regras aplicáveis às comunicações comerciais *online*.

Como retirámos dos vários instrumentos legais e autorregulamentares mencionados, para suprir esta dificuldade de controlo pelas autoridades nacionais é fundamental que os titulares das responsabilidades parentais ou outros responsáveis estejam conscientes dos riscos decorrentes da navegação na internet e procurem autotutelar-se, mediante o cumprimento do “dever *in vigilando*” e, bem assim, instalação de meios tecnológicos de proteção, tais como bloqueadores de acesso e filtros que barram a inserção da publicidade ou que impedem a revelação de dados pessoais⁵⁶.

Outra linha de ação neste domínio, como decorre dos mesmos instrumentos, seria a promoção de ações de sensibilização e de literacia

digital. Vários *sites* a nível mundial disponibilizam informações úteis para auxiliar os titulares das responsabilidades parentais e outros responsáveis na tarefa de controlo e proteção das crianças e jovens no ambiente digital. Além disso, encontramos múltiplos programas desenhados com o objetivo de reforçar a confiança na sociedade digital e, em particular, munir as crianças e jovens dos instrumentos necessários para uma utilização esclarecida e crítica da internet, como é o caso do SeguraNet⁵⁷.

A implementação e divulgação de uma *hotline* para denunciar conteúdos ilegais em linha, em sintonia com a Ação 40 da Agenda Digital para a Europa⁵⁸, seria eventualmente outra linha de ação eficaz.

Por último, refira-se que o consumidor não poderá deixar-se contaminar pela inércia das autoridades nacionais, pelo que, *v.g.*, perante um *advergaming* que não indica claramente que se trata de publicidade ou perante uma comunicação comercial que contenha elementos que façam perigar a integridade física ou moral das crianças e jovens, deve realizar a denúncia junto das autoridades nacionais competentes – DGC – na expectativa de que estas cumpram os deveres que por lei lhes são atribuídos.

Notas

¹ A designação “Sociedade da Informação” ter-se-á afirmado, como indica Alexandre Dias Pereira, no Livro Branco da Comissão *Crescimento, Competitividade, Emprego – os desafios e as pistas para entrar no séc. XXI*, de 1994. Cfr. Alexandre Dias Pereira, “A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n. 2, Coimbra, Centro de Direito de Consumo, 2000, p. 45, nota 1. Sobre o conceito de “Sociedade da Informação” e explicando a opção terminológica deste termo em detrimento de expressões como “Autoestradas da Informação” no predito Livro Branco, ver Artur Castro Neves, “Como definir a sociedade da informação?”, pp. 1-11, disponível no repositório da Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação, em http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2-5.1_artur%20castro%20neves_070626.pdf.

² Cfr. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/4-18122013-BP/EN/4-18122013-BP-EN.PDF

³ Cfr. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>.

⁴ Cfr. <http://www.internetworldstats.com/stats4.htm>.

⁵ Cfr. <http://www.internetworldstats.com/stats2.htm#americas>.

⁶ Cfr. Ana Nunes de Almeida, Nuno de Almeida Alves e Ana Delicado, “As crianças e a internet em Portugal: perfis de uso”, in: *Sociologia, Problemas e Práticas*, n. 65, 2011, p. 9.

⁷ Cfr. http://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_destaques&DESTAQUESdest_boui=133548146&DESTAQUESmodo=2&xlang=pt.

⁸ Cfr. Susana Almeida, “As comunicações publicitárias electrónicas não solicitadas e a protecção dos consumidores: a regra de *opt in* e a opção de inscrição em listas *Robinson*”, in: *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 2, 2011, p. 161.

⁹ Sobre as vantagens da publicidade *online*, ver Rui Moreira Chaves, *Regime Jurídico da Publicidade*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 121 e 122.

¹⁰ Cfr. Adelaide Menezes Leitão, “Publicidade na internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 286. Ver também OCDE, “Online Advertising and Marketing Directed Toward Children”, in: *OECD Digital Economy Papers*, n. 46, 1999, disponível em <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kzd92bmf1bn.pdf?expires=1393331616&id=id&accname=guest&checksum=BDF11D3B498E8A5C4E9DCB8F87B7EFC2>, p. 5.

¹¹ Cfr. <http://www.emarketer.com/Article/Digital-Account-One-Five-Ad-Dollars/1009592>. De acordo com este estudo publicado no eMarketer, no ano de 2012, nos EUA e na Europa Ocidental, gastou-se uma média de 168\$ e 112\$ por utilizador da Internet, respetivamente. Os mesmos dados revelam que, no Brasil, no referido ano de 2012, o aumento do investimento na publicidade *online* atingiu cerca de 40,2%, enquanto na Europa Ocidental tal acréscimo se cifrou apenas em 10,6%.

¹² Cfr. L. Haddon, S. Livingstone e EU Kids Online Network, “EU Kids Online: National perspectives”, LSE, EU Kids Online, London, 2012, p. 51, disponível em <http://www.lse.ac.uk/media%40lse/research/EUKidsOnline/EU%20Kids%20III/Reports/PerspectivesReport.pdf>.

¹³ Cfr. A. Barbosa, B. O'Neill, C. Ponte, J.A. Simões e T. Jereissati, “Risks and safety on the internet: Comparing Brazilian and European children”, LSE, EU Kids Online, London, 2013, pp. 8 e 10, disponível em <http://www.fcsh.unl.pt/eukidsonline/>.

¹⁴ Cfr. <http://www.ibope.com/pt-br/noticias/Paginas/Crianças-brasileiras-sao-as-que- ficam-mais-tempo-conectadas-a-internet.aspx>. A título de outros exemplos, estima-se que, no Reino Unido, no ano de 2013, as crianças com idades compreendidas entre os 5 e os 7, passavam 6,7 horas por semana *online*, enquanto as crianças com idades compreendidas entre os 8 e os 11 anos gastavam 9,2 horas por semana e, relativamente aos jovens com idades entre os 12 e os 15 anos, o número de horas semanais na internet ascendeu a 17. Cfr. Ofcom, “Children and parents: media use and attitudes report”, Londres, Ofcom, p. 55, disponível em <http://stakeholders.ofcom.org.uk/binaries/research/media-literacy/october-2013/research07Oct2013.pdf>.

¹⁵ Cfr. L. Haddon, S. Livingstone e EU Kids Online Network, “EU Kids Online...”, *cit.*, p. 3; A. Barbosa, B. O'Neill, C. Ponte, J.A. Simões e T. Jereissati, “Risks and safety on the internet...”, *cit.*, p. 10.

¹⁶ Explicando esta perspectiva tridimensional do mercado infanto-juvenil (mercado consumidor, mercado influenciador e mercado futuro ou potencial) assinalada por McNeal e apresentando dados sobre a influencia da criança e jovem na decisão de consumo familiar, ver António J. M. Cardoso, “Uma perspectiva parental sobre a influência das crianças na compra de vestuário”, in: *Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas*, 2, 2005, pp. 162-190, disponível em <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/661/2/162-190FCHS2005-10.pdf>.

¹⁷ Falamos de países como a Alemanha, a Áustria, a Bélgica, o Canadá, a Dinamarca, os Estados Unidos, a Grécia, a Inglaterra, a Irlanda, a Noruega ou a Suécia. Por exemplo, na Suécia, o legislador nacional proibiu, desde 1996, a publicidade infanto-juvenil dirigida a menores de 12 anos.

¹⁸ Com efeito, ainda que se constatem reiteradas e impunes violações deste dispositivo, o art. 40º da Lei da Tv prescreve que “[o] tempo de emissão destinado à publicidade televisiva e à tevênda, em cada período compreendido entre duas unidades de hora, não pode exceder 10% ou 20% consoante se trate de serviços de programas televisivos de acesso condicionado ou de serviços de programas televisivos de acesso não condicionado livre ou não condicionado com assinatura”.

¹⁹ Como acertadamente alertam Adelaide Menezes Leitão, “Publicidade na internet”, *cit.*, p. 290 e Anxo Tato Plaza, “Internet, a publicidade e a concorrência”, in: *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 186.

²⁰ Como é o caso dos designados “*advergames*”, promovidos por marcas, sobretudo, de produtos alimentares.

²¹ São inúmeros os relatos de pais que emprestam os telemóveis aos filhos para jogarem e que, sob o pretexto de adquirirem “mais energia”, mudarem de nível ou fazerem *download* de outros jogos, uma vez que a password há muito foi inserida, desembolsam dezenas ou mesmo centenas de euros.

²² O *Facebook* é a rede social mais popular entre os cibernautas europeus infanto-juvenis. Em 2011, 57% desses cibernautas com idades compreendidas entre os 9 e os 16 anos apresentavam um perfil nesta rede. Cfr. S. Livingstone, K. Ólafsson e E. Staksrud, “Social networking, age and privacy”, EU Kids Online, London, 2011, p. 3, disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/35849/1/Social%20networking,%20age%20and%20privacy%20%28LSERO.pdf>. A mesma preferência é verificada no Brasil, onde 61% dos cibernautas com idades compreendidas entre os 9 e os 16 anos tem um perfil, nesta rede. Cfr. A. Barbosa, B. O’Neill, C. Ponte, J.A. Simões e T. Jereissati, “Risks and safety on the internet...”, *cit.*, p. 12. Não obstante, poderemos apontar outras redes sociais frequentadas pelos mais novos, tais como o *Twitter*, *Tumblr*, *Ask.fm*, *Orkut*, entre outras.

²³ Apesar de, no *Facebook*, por exemplo, a idade mínima para criação de um perfil ser 13 anos.

²⁴ Cfr. S. Livingstone, K. Ólafsson e E. Staksrud, “Social networking...”, *cit.*, p. 1. 54% de crianças com idade entre 6 e 9 anos. Cfr. http://www.avg.com/digitaldiaries/homepage#avg_dd_explore

²⁵ Cfr. A. Barbosa, B. O’Neill, C. Ponte, J.A. Simões e T. Jereissati, “Risks and safety on the internet...”, *cit.*, p. 11.

²⁶ Igualmente sobre os problemas e riscos potenciais desta exposição, ver Ver OCDE, “Online Advertising...”, *cit.*, p. 6.

²⁷ Refira-se que com a Lei 46/2012, de 29 de agosto, que alterou e republicou a Lei 41/2004, de 18 de agosto e, bem assim, transpôs a Diretiva 2009/136/CE, passou a exigir-se que o utilizador da internet dê o seu consentimento prévio para o uso de *cookies*, não bastando a sua não oposição ao uso deles.

²⁸ Para um estudo desenvolvido sobre a comunicação comercial eletrónica não solicitada, ver Susana Almeida, “As comunicações publicitárias electrónicas não solicitadas...”, *cit.*

²⁹ Sobre esta ferramenta tecnológica, ver Adelaide Menezes Leitão, “*Metatags* e correio electrónico entre os novos problemas do Direito da Internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 407 e ss.

³⁰ Para mais desenvolvimentos sobre as particulares características e as várias formas de publicidade *online*, ver, *inter alia*, Adelaide Menezes Leitão, “Publicidade na internet”, *cit.*; Adelaide

Menezes Leitão, “Publicidade na rede”, in: *O direito*, ano n. 140, n. 2, 2008, pp. 350 e ss.; Andrea Stazi, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, Giuffrè Editore, 2004, pp. 13 e ss. e 55 e ss.; Anxo Tato Plaza, “Internet, a publicidade...”, *cit.*, pp. 187 e ss.; Celso António Serra, “Publicidade ilícita e abusiva na internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 492 e ss.; José Antonio Vega Vega, *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Madrid, RGLJ, 2005, pp. 165 y ss.; Rui Moreira Chaves, *Regime jurídico...*, *cit.*, pp. 124 e ss.; Raquel Guillén Catalán, *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005, pp. 22 e ss.; Vilma Sánchez del Castillo, *La publicidad en internet: régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas*, La Ley, 2007, pp.197 e ss.

³¹ Sobre o conceito de “consumidores particularmente vulneráveis”, ver Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, in: *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 373 e 378.

³² Por exemplo, as mensagens publicitárias referentes a fraldas ou as papas poderão legitimamente utilizar as imagens de crianças, porquanto são produtos que naturalmente lhes são destinados. Ao invés, se o que se pretende anunciar é um detergente ou um automóvel, a criança ou jovem não poderá ser o interveniente principal da mensagem, na medida em que não existe uma ligação direta entre tais produtos e as crianças ou jovens.

³³ Cfr. Ana Luísa Geraldes, *O direito da publicidade. Estudos e práticas sancionatórias. Decisões da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 1999, pp. 167 e 168.

³⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o regime jurídico da publicidade infanto-juvenil, ver Ana Luísa Geraldes, *O direito da publicidade*, *cit.*, pp. 167 e ss.; Rui Moreira Chaves, *Regime jurídico...*, *cit.*, pp. 214 e ss. Referindo-se especificamente à publicidade na internet dirigida a menores, ver Celso António Serra, “Publicidade ilícita...”, *cit.*, pp. 507 e ss.

³⁵ Como alerta Andrea Stazi, uma mensagem publicitária pode ser lícita de acordo com o ordenamento jurídico do Estado em que é inserida e ser ilícita à luz dos ordenamentos onde venha a ser recebida, visto que não existe uma disciplina jurídica uniforme mundial desta realidade. Andrea Stazi, *La pubblicità...*, *cit.*, p. 27. Justamente sobre o problema da regulamentação da publicidade na internet, ver *idem*, pp. 27 e ss.

³⁶ Cfr. Garcia Marques / Lourenço Martins, *Direito da informática*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 392.

³⁷ Sobre esta noção de comunicação comercial, ver Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 55 e ss.

³⁸ Para mais alguns detalhes sobre o princípio do controlo no país de origem e distinção do princípio do controlo do país de destino neste contexto, ver Raquel Guillén Catalán, *Spam y comunicaciones...*, *cit.*, pp. 185 e ss.

³⁹ Refira-se, sem embargo, que, em determinadas áreas, a legislação dos Estados-membros atinente à publicidade se encontra harmonizada, como sucede com a publicidade ao tabaco. Aliás, o *Livro Verde* sobre a proteção dos menores e da dignidade humana nos serviços audiovisuais e de

informação [COM (96) 483, de 16 de outubro de 1996] já alertava para a necessidade de cooperação entre os Estados-membros no sentido da criação de normas comuns com vista a lutar eficazmente contra os conteúdos ilegais das novas tecnologias (p. 23).

⁴⁰ Tal como aponta Anxo Tato Plaza, “Internet, a publicidade...”, *cit.*, p. 184. Os fatos referentes ao caso *Yahoo* foram os seguintes: de acordo com a lei francesa, não era permitida a publicidade ou o comércio de objetos relacionados com o nazismo; sucede que a página da Yahoo alojava um *site* de leilões, no qual alguns particulares anunciavam objetos e símbolos nazis; neste contexto, um tribunal francês solicitou à *Yahoo* que vedasse o acesso a nacionais franceses; no entanto, o Tribunal do Distrito Norte da Califórnia considerou que a *Yahoo* não estava vinculada à lei francesa, pelo que não estaria vinculada a barrar tal acesso, aplicando, portanto, o princípio do controlo na origem; não obstante, em agosto de 2004, o Tribunal de Apelação reviu a decisão, ditando que o tribunal de primeira instância não tinha jurisdição sobre aquele caso; já em maio de 2006 o Supremo Tribunal de Justiça dos Estados Unidos confirmou que o tribunal de primeira instância não tinha competência para apreciar o caso, decidindo que a Yahoo deveria cumprir a decisão do tribunal francês.

⁴¹ Diretiva 2010/13/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de março de 2010, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros respeitantes à oferta de serviços de comunicação social audiovisual, que procedeu à modificação da anterior Diretiva 89/552/CEE, do Conselho de 3 de outubro, revogando-a.

⁴² Cfr. pontos 1 e 2 do que se sublinha e pontos 2 e 4 do que se reconhece nas Conclusões do Conselho sobre a proteção das crianças no mundo digital (2011/C 372/04); pontos 4, 5, 15, 17 e 27 da Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2012. O Relatório da Comissão, de 13 de setembro de 2011, revela que há um número crescente de iniciativas nesta área e aponta que o “Programa *Safer Internet* da Comissão Europeia e o projecto *EU Kids Online* provaram ser quadros preciosos nestes domínios”.

⁴³ Cfr. ponto 6 do que se reconhece nas Conclusões do Conselho sobre a proteção das crianças no mundo digital (2011/C 372/04); considerando U, bem como pontos 11, 12 e 13 da Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2012.

⁴⁴ Cfr. ponto 24 da Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2012. Não obstante, como resulta do Relatório da Comissão, de 13 de setembro de 2011, “persiste a preocupação de que os níveis de proteção alcançados neste domínio ainda variam significativamente”.

⁴⁵ Cfr. pontos 9, 14 e 19 da Resolução do Parlamento Europeu, de 20 de novembro de 2012.

⁴⁶ Verificou-se, igualmente, do outro lado do atlântico, a recente alteração do *Children's Online Privacy Protection Act (COPPA)*, de 1998, com regras semelhantes às contidas no diploma comunitário. De acordo com a Emenda de 2012 à predita COPPA, os *sites* e os serviços *online* (incluindo aplicações de telemóveis) especificamente direcionados às crianças e jovens não podem recolher, usar ou revelar dados pessoais, tais como, nome e *email*, de utilizadores com menos de 13 anos, sem a devida autorização dos pais. Para o efeito, é necessário fornecer dados de cartão de crédito ou enviar uma assinatura por *fax*. Além disso, proíbe-se o uso da publicidade dirigida com base no comportamento da criança na internet (*behaviorally targeted ads*). Para mais detalhes, consulte-se <http://business.ftc.gov/privacy-and-security/childrens-privacy>.

⁴⁷ Ver Alexandre Dias Pereira, *Comércio electrónico...*, cit., pp. 89 e ss.; Celso António Serra, “Publicidade ilícita...”, cit., p. 465.

⁴⁸ Em particular, o art. 7º, n. 5, que integra, no conteúdo dos contratos, as informações concretas e objetivas contidas nas mensagens publicitárias.

⁴⁹ Como explica Celso António Serra, “Publicidade ilícita...”, cit., pp. 462 e 463. Ver também Andrea Stazi, *La pubblicità...*, cit., pp. 32 e 33.

Aliás, como vimos, também a Diretiva 2000/31/CE, de 8 de junho, no seu art. 16º, apela ao incentivo, pelos Estados-membros e pela Comissão, para a realização de códigos de conduta emanados de associações e organizações de comerciantes, profissionais ou consumidores. De resto, a União Europeia tem estimulado a implementação dos sistemas da autorregulação e correção no domínio da publicidade como alternativa ao modelo tradicional. Veja-se o que escrevemos em Susana Almeida, “A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: a panaceia para inoperância do modelo regulador tradicional?”, in: *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 8, 2012, pp. 230 e ss.

⁵⁰ Trata-se de uma organização internacional criada em 1919 e sediada em Paris que procura promover, assessorar e representar o comércio internacional, designadamente mediante a criação de normas que, por aceitação voluntária, regem grande parte das relações comerciais. Para mais notas sobre o labor autorregulamentar desta organização, ver Susana Almeida, “A autorregulação da comunicação comercial...”, cit., p. 241.

⁵¹ Disponível em http://www.codescentre.com/media/2083/660%20consolidated%20icc%20code_2011_final%20with%20covers.pdf. Consulte-se também a *ICC Resource guide for self-regulation of online behavioural advertising (OBA)*, que contém uma “checklist” para implementação das regras contidas no Código Internacional da Prática Publicitária dirigidas especificamente à “publicidade comportamental online” e que está disponível para consulta em http://www.codescentre.com/media/1010/654-oba-resource-guide_-final.pdf.

⁵² Disponível <http://www.iccwbo.org/Advocacy-Codes-and-Rules/Document-centre/2012/Framework-for-Responsible-Food-and-Beverage-Marketing-Communications-2012/>.

⁵³ A EASA é uma organização sem fins lucrativos, com sede em Bruxelas, estruturada em rede e integrada pelos organismos nacionais de autorregulação publicitária e por instituições representativas da indústria publicitária na Europa, funcionando como instrumento de coordenação dos organismos e sistemas de autorregulação da publicidade da Europa. Para mais detalhes, ver Susana Almeida, “A autorregulação da comunicação comercial...”, cit., p. 242.

⁵⁴ Disponível em <http://www.caru.org/guidelines/guidelines.pdf>.

⁵⁵ Para mais desenvolvimentos, Susana Almeida, “A autorregulação da comunicação comercial...”, cit., pp. 234 e 235.

⁵⁶ Por exemplo, já se encontra software que permite apagar ou impedir a inserção da publicidade nas páginas da internet. Tal é o caso do Adblock Plus 1.3.6.

⁵⁷ Cfr. <http://www.seguranet.pt/blog/>.

⁵⁸ <http://ec.europa.eu/digital-agenda/en/pillar-iii-trust-security/action-40-member-states-implement-harmful-content-alert-hotlines>.

Referências

Almeida, Ana Nunes de / Alves, Nuno de Almeida / Delicado, Ana, “As crianças e a internet em Portugal: perfis de uso”, in: *Sociologia, Problemas e Práticas*, n. 65, 2011, pp. 9-30.

Almeida, Susana, “A autorregulação da comunicação comercial em Portugal: a panaceia para inoperância do modelo regulador tradicional?”, in: *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 8, 2012, pp. 227-250.

Almeida, Susana, “As comunicações publicitárias electrónicas não solicitadas e a protecção dos consumidores: a regra de *opt in* e a opção de inscrição em listas Robinson”, in: *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, n. 2, 2011, pp. 159-190.

Barbosa, A., O'Neill, B., Ponte, C., Simões, J.A., e Jereissati, T, “Risks and safety on the internet: Comparing Brazilian and European children, LSE, EU Kids Online, London, 2013, disponível em <http://www.fcsh.unl.pt/eukidsonline/>.

Cardoso, António J.M. “Uma perspectiva parental sobre a influência das crianças na compra de vestuário”, in: *Revista da Faculdade de Ciências Sociais e Humanas*, 2, 2005, pp. 162-190, disponível em <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/661/2/162-190FCHS2005-10.pdf>.

Chaves, Rui Moreira, *Código da Publicidade Anotado*, Coimbra, Almedina, 2005.

Geraldes, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade. Estudos e práticas sancionatórias. Decisões da Comissão de Aplicação de Coimas em Matéria de Publicidade*, Lisboa, Instituto do Consumidor, 1999.

Guillén Catalán, Raquel, *Spam y comunicaciones comerciales no solicitadas*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2005.

Haddon, L., Livingstone, S., e EU Kids Online Network, “EU Kids Online: National perspectives”, LSE, EU Kids Online, London, 2012, disponível em <http://www.lse.ac.uk/media%40lse/research/EUKidsOnline/EU%20Kids%20III/Reports/PerspectivesReport.pdf>.

Leitão, Adelaide Menezes, “Publicidade na rede”, in: *O direito*, ano n. 140, n. 2, 2008, pp. 349-365.

Leitão, Adelaide Menezes, “Publicidade na internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 285-309.

Leitão, Adelaide Menezes, “*Metatags* e correio electrónico entre os novos problemas do Direito da Internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. V, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 405-431.

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes “As práticas comerciais desleais nas relações de consumo”, in: *Liber Amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 369 e 386.

Livingstone, S., Ólafsson, K., e Staksrud, E., “Social networking, age and privacy”, EU Kids Online, London, 2011, disponível em <http://eprints.lse.ac.uk/35849/1/Social%20networking,%20age%20and%20privacy%20%28LSERO.pdf>.

Marques, Garcia / Martins, Lourenço, *Direito da informática*, Coimbra, Almedina, 2006.

Pereira, Alexandre Dias, “A protecção do consumidor no quadro da Directiva sobre o comércio electrónico”, in: *Estudos de direito do consumidor*, n. 2, Coimbra, Centro de Direito de Consumo, 2000, pp. 43-140.

Pereira, Alexandre Dias, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à confiança jurídica*, Coimbra, Almedina, 1999.

Neves, Artur Castro, “Como definir a sociedade da informação?”, pp. 1-11, disponível no repositório da Associação para a Promoção e Desenvolvimento da Sociedade da Informação, em http://www.apdsi.pt/uploads/news/id545/2-5.1_artur%20castro%20neves_070626.pdf.

OCDE, “Online Advertising and Marketing Directed Toward Children”, in: *OECD Digital Economy Papers*, nº 46, 1999, disponível em <http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/5kzd92bmf1bn.pdf?expires=1393331616&id=id&accname=guest&checksum=BDF11D3B498E8A5C4E9DCB8F87B7EFC2>.

Sánchez del Castillo, Vilma, *La publicidad en internet: régimen jurídico de las comunicaciones comerciales electrónicas*, La Ley, 2007.

Serra, Celso António, “Publicidade ilícita e abusiva na Internet”, in: *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 455-573.

Stazi, Andrea, *La pubblicità commerciale on line*, Milano, Giuffrè Editore, 2004.

Tato Plaza, Anxo, “Internet, a publicidade e a concorrência”, in: *Temas de Direito da Informática e da Internet*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 181-196.

Vega Vega, José Antonio, *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Madrid, R.G.L.J., 2005.

A VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DA PUBLICIDADE VOLTADA AO PÚBLICO INFANTIL

ISABELLA HENRIQUES*

Advogada e Mestre em Direito – Direitos das Relações Sociais /
Direitos Difusos e Coletivos – pela PUC/SP

EXCEROTOS

“Vale ser observado que a escolha pela comunicação comercial direta à criança por parte de anunciantes e publicitários decorre justamente da percepção que esses atores têm – balizada em pesquisas e no incontestado fato de a criança estar em uma peculiar fase de desenvolvimento – de ser mais fácil convencer os pequenos de que precisam de algo, de que devem insistir com seus pais ou responsáveis a consumir algo, do que tentar convencer os adultos da importância de tal consumo”

“A violência na publicidade voltada ao público infantil também está presente de outras formas, podendo ser agravada quando a linguagem escolhida tiver componentes violentos, como brigas, gritos e violência física, ou então quando o produto ou serviço anunciado tiver de alguma forma uma essência ou característica que possa se traduzir como violenta”

“Publicidade e a comunicação mercadológica que falam diretamente com as crianças, sem a intermediação de seus pais ou responsáveis, devem ser totalmente repudiadas”

*** Outras qualificações da autora**

Autora do livro Publicidade Abusiva Dirigida à Criança, Editora Juruá, e Coordenadora e Coautora do livro Publicidade de Alimentos a Crianças, Editora Saraiva. É um dos diretores do Instituto Alana, onde também faz a coordenação geral do Projeto Criança e Consumo www.criancaeconsumo.org.br.

A violência está sempre presente quando o assunto é a publicidade e a comunicação mercadológica dirigidas a crianças, pelo simples fato de que pessoas de até 12 anos de idade não têm como responder em igualdade de condições às mensagens comerciais que recebem. Por serem pessoas em uma peculiar fase de desenvolvimento físico, psíquico e cognitivo, crianças não conseguem fazer uma análise crítica complexa ou compreender integralmente os apelos persuasivos de tais mensagens^{1,2}.

O mero direcionamento de mensagens comerciais ao público infantil, que não está preparado para recepcioná-las adequadamente, é uma violência em si. O ato violento é realizar uma ação que não é totalmente compreendida pelo público ao qual se destina com único intuito venal – o de se aproveitar dessa falta de compreensão absoluta dos pequenos para criar desejos e vontades que poderão levar a um incremento de vendas e comercialização de produtos e serviços diversos.

Infelizmente essa é uma violência perpetrada diariamente em face de milhões de crianças em todo o mundo. São mensagens comerciais divulgadas por meio de comerciais televisivos³, anúncios na internet⁴, distribuição de brindes em parques, praças⁵ e até mesmo em escolas⁶. Isso sem falar nas outras várias formas de comunicação mercadológica feitas e pensadas para atingir o público infantil por meio de técnicas mais sofisticadas de sedução, como é o caso da mistura de conteúdo audiovisual com publicidade⁷ ou dos cotidianos testemunhos de celebridades e personagens do universo infantil.

E, nessa esteira, não se pode esquecer o gigantesco mercado de licenciamento que vende tudo e qualquer coisa, seja produto ou serviço, valendo-se de ícones de desenhos animados e animações que há muito deixaram de ser pensadas e elaboradas despretensiosamente mas, ao revés, são planejadas, muitas vezes e em primeiro lugar, como bens de valor comercial para estampar cadernos, camisetas, brinquedos, embalagens de produtos alimentícios etc.

Por tudo isso pode-se dizer que a publicidade que fala diretamente com o público infantil é intrinsecamente carregada de violência na medida em que abusa desse momento peculiar em que estão as crianças com a única finalidade de vender mais e, com isso, alcançar maior lucratividade.

Em outras palavras, ao se aproveitar dessa fase de desenvolvimento em que estão as crianças, essas mensagens comerciais abusam daquilo que no Brasil está definido na lei, no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 37, como *deficiência de julgamento e experiência da criança*.

Vale ser observado que a escolha pela comunicação comercial direta à criança por parte de anunciantes e publicitários decorre justamente da percepção que esses atores têm – balizada em pesquisas e no incontestado fato de a criança estar em uma peculiar fase de desenvolvimento – de ser mais fácil convencer os pequenos de que precisam de algo, de que devem insistir com seus pais ou responsáveis a consumir algo, do que tentar convencer os adultos da importância de tal consumo.

Não por outra razão atualmente a publicidade que fala com crianças – nos países onde tal prática eminentemente abusiva ainda não é proibida ou, se é, o descumprimento da lei é cultural (como no Brasil) – diz respeito a produtos e serviços do universo infantil, mas também do universo adulto. O mercado publicitário descobriu que é mais fácil vender para crianças – que ainda não têm sua capacidade crítica completamente formada – de bonecas e carrinhos até automóveis de verdade, serviços financeiros e produtos de limpeza⁸.

Algumas pesquisas indicam que o poder de influência das crianças nas compras de toda a família pode chegar a 80%. Tal fato contribui para aumentar ainda mais a violência perpetrada contra crianças, principalmente porque redundam em um aumento exponencial do volume de mensagens comerciais voltadas a esse público tão vulnerável ou, nos termos da lei brasileira, até mesmo presumidamente hipervulnerável.

Mas não é só. A violência na publicidade voltada ao público infantil também está presente de outras formas, podendo ser agravada quando a linguagem escolhida tiver componentes violentos, como brigas, gritos e violência física, ou então quando o produto ou serviço anunciado tiver de alguma forma uma essência ou característica que possa se traduzir como violenta.

Nesse sentido podem ser observados alguns casos específicos acontecidos no Brasil, como a publicidade voltada a crianças que possuem um maior direcionamento de gênero para os meninos. Comerciais de bonecos e carrinhos para crianças do sexo masculino têm apresentado, no país, por diversas vezes, linguagens violentas, como se extremos de agressividade fossem bem-vindos ao comportamento de meninos – quase que em uma caricata definição de quais seriam os valores a serem apreendidos pelos pequenos latino-americanos do sexo masculino⁹.

Da mesma forma, brinquedos que na sua essência trazem alguma relação com a violência real acabam sendo apresentados em comerciais televisivos principalmente, com esse potencial violento acentuado. Caso bastante elucidativo dessa forma de publicidade foi o do brinquedo vulgarmente

conhecido como a réplica do ‘Caveirão do Bope’ da empresa Roma Jensen Com. e Ind. Ltda.¹⁰ Outro exemplo também foram as armas de brinquedo Nerf da multinacional Hasbro¹¹ e os bonecos que fazem alusão ao MMA¹².

Nesses casos e nos anteriores, pode-se dizer que a violência da publicidade é dupla ou mesmo tripla, decorrente do fato de (i) tratar-se de publicidade voltada a crianças; (ii) ter algum tipo de linguagem violenta; e/ou (iii) incentivar a violência real misturando brincadeira com realidade.

Ainda se quer tratar nesse artigo de uma outra forma pela qual a violência se apresenta muito frequentemente na publicidade e comunicações mercadológicas voltadas ao público infantil: a violência simbólica decorrente da apresentação de um sem-número de ofertas de produtos e serviços, principalmente por meio das vitrines eletrônicas da televisão e dos computadores, em um país com graves e enormes diferenças socioeconômicas.

O poder de
influência das
crianças nas
compras de toda
a família pode
chegar a 80%

Enquanto crianças vindas de lares com condições socioeconômicas mais favoráveis receberão esse absurdo bombardeio publicitário e terão implantada em si uma série de desejos de consumo, dos quais alguns serão aplacados com as respectivas compras, crianças de lares mais vulneráveis serão assediadas pelos mesmos apelos e sedução de consumo, mas, por sua vez, de produtos que talvez nunca tenham condições, em toda a sua vida, de alcançar.

É claro que as crianças cujos pais têm condições melhores de consumo não irão encontrar a satisfação plena de seus desejos construídos pela publicidade nos poucos produtos que tiverem à sua disposição – ainda que não sejam tão poucos assim. Sobre essa questão, diga-se que nunca será possível a uma família absorver a rapidez dos lançamentos mais que diários de brinquedos, roupas, artigos eletrônicos etc. que o mercado promove em escala mundial. A felicidade não será encontrada no consumo em excesso, não pensado, não refletido ou realizado por impulso. Nesses casos, mais importante do que o produto será o seu consumo, a compra passará de meio a fim. Com isso, uma vez feita a compra, o ser desejante, que nunca se satisfaz, para a alegria do mercado, ainda que seja criança, já estará pensando na próxima aquisição.

É fato, porém, que a criança que vive na pobreza – e são muitas no Brasil e no mundo – terá de enfrentar uma outra frustração, que é o sentir-se alijada da sociedade por não ter condições de consumir. Em uma sociedade que prega

valores materialistas e consumistas, onde a publicidade voltada ao público infantil, se não permitida, é amplamente difundida e aceita culturalmente, aquele que não consegue consumir está à margem. Inclusive se for criança.

Essa falta de sensação de pertencimento, aliada à exposição de um mundo fantástico de bens de consumo, sem dúvidas gerará uma profunda tristeza nas crianças que forem vítimas desse ciclo perverso e irresponsável que o mercado acaba criando.

A respeito dessa questão específica Eduardo Bittar assevera:

*“A violência que se produz de modo simbólico e generalizado na sociedade de consumo atinge todas as classes sociais, idades, sexo, cor. Imagine a situação de uma pessoa que mora em habitação precária assistindo à novela da Globo. Certamente, ela vai desejar o que as pessoas estão usando. E todo o cenário de novela é um showroom de grandes empresas, desde o vaso até o que se consome – o carro, a casa, tudo é estratégia de marketing. Uma novela por si mesma já é uma grande violência.”*¹³

Por tudo isso, e considerando que a criança deveria ser protegida de qualquer forma de violência, inclusive psíquica, não há dúvidas de que a exposição ao assédio mercadológico gera uma série de violações dos direitos das crianças já consolidados nos instrumentos normativos internacionais e, no caso brasileiro, pela Constituição Federal no seu artigo 227, e também em toda a lei federal do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Em suma, a publicidade e a comunicação mercadológica que falam diretamente com as crianças, sem a intermediação de seus pais ou responsáveis, devem ser totalmente repudiadas por quem acredita que as crianças merecem ser protegidas e cuidadas, não só por serem o futuro da humanidade, mas porque são a presente prioridade absoluta de todos nós.

Notas

¹ Children and television advertising – Swedish Consumer Agency ERLING BJURSTRÖN, sociólogo contratado pelo Governo Sueco em 1994-95. Disponível no site da biblioteca do Projeto Criança e Consumo:

http://biblioteca.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/children_tv_ads_bjurstrom_port.pdf. Acesso em 24.3.2014.

² YVES DE LA TAILLE em Parecer sobre Projeto de Lei 5.921/2001 a pedido do Conselho Federal de Psicologia, ‘A Publicidade Dirigida ao Público Infantil – Considerações Psicológicas’. Disponível no site da biblioteca do Projeto Criança e Consumo: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/Biblioteca2.aspx?v=4&pub=18>. Acesso em 24.3.2014.

³ Em 2010 o Projeto Criança e Consumo realizou levantamento das publicidades veiculadas às vésperas do Dia das Crianças e chegou a dados bastante estarecedores e preocupantes. O desenrolar desse

levantamento, inclusive com a íntegra das cartas enviadas às empresas envolvidas, está aberto para consulta e disponível no *link* <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=172>. Acesso em 24.3.2014.

⁴ Idêntico levantamento ao anterior foi realizado no mesmo período no âmbito da internet e igualmente o choque foi grande. Verificou-se que os principais e mais acessados canais no Brasil eram [e ainda são na realidade] comerciais, usados para divulgar produtos e serviços diversos às crianças menores de 12 anos de idade. As informações desse caso podem ser acessadas pelo link a seguir: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=180>. Acesso em 24.3.2014.

⁵ Caso recentíssimo acontecido no Rio de Janeiro mostra que até mesmo as pracinhas de bairro onde antes era possível às crianças brincar longe do assédio consumista estão sendo alvos dessa ânsia comercial. A íntegra da estratégia da empresa de telefonia pode ser acessada por meio do *link*: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=305>. Acesso em 24.3.2014.

⁶ Nesse sentido é o recente caso denunciado pelo Projeto Criança e Consumo sobre estratégia de distribuição de brindes em armários escolares por um grupo de empresas diversas, nos termos da notificação disponível no site da biblioteca do Instituto Alana: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=300>. Acesso em 24.3.2014.

⁷ Exemplo patente desse tipo de publicidade disfarçada – e portanto ilegal segundo o artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor em vigência no Brasil – é o caso da Galera Animal da Nestlé, cujo primeiro filme da sequência que foi apresentada no horário nobre da TV brasileira pode ser visto pelo Youtube: http://www.youtube.com/watch?v=jA_sv1sf_8k. Acesso em 24.3.2014.

⁸ Como por exemplo a embalagem de um inseticida, cuja manipulação sequer deve ser realizada por crianças, que foi alvo de denúncia pelo Projeto Criança e Consumo nos termos da notificação disponível em: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=293>. Acesso em 24.3.2014.

⁹ Os comerciais de brinquedos do escritório brasileiro da multinacional Mattel são exemplos claros disso, como se pode verificar nos casos denunciados pelo Projeto Criança e Consumo, nos links a seguir: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=125> e <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=72>. Acesso em 24.3.2014.

¹⁰ Não se quer aqui discutir a violência instigada pelo modelo real do veículo, mas apenas limitar a análise da réplica de brinquedo e do contexto em que foi apresentada nos comerciais televisivos dirigidos ao público infantil brasileiro e notadamente àquele que vive no Rio de Janeiro onde a versão real do veículo subsiste até os dias atuais: <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=167>. Acesso em 24.3.2014.

¹¹ <http://biblioteca.alana.org.br/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=173>. Acesso em 24.3.2014.

¹² <http://biblioteca.alana.org.br/biblioteca/CriancaConsumo/AcaoJuridica2.aspx?v=1&id=290>. Acesso em 24.3.2014.

¹³ Em entrevista concedida ao livreto ‘Criança e Consumo – Entrevistas’ sobre ‘Violência’, edição do ano de 2010. Disponível pela internet na parte de Publicações da Biblioteca do Projeto Criança e Consumo, no *link* <http://defesa.alana.org.br/biblioteca>. Acesso em 24.3.2014.

A ESCOLA COMO CANAL DE MÍDIA E DE CONSUMO

ISABEL FARINHA*

Professora Assistente no IADE-U Instituto de Arte,
Design e Empresa – Universitário

RESUMO

Este paper está ancorado ao papel central da escola na mediação entre Estado, mercado e sociedade civil, focando-se na temática do marketing e comunicação escolar. Defendemos estar perante uma modernidade que é multidimensional e que ao abrigo de uma transdisciplinaridade possibilita uma leitura peculiar do locus espaço escolar. Esta peculiaridade nos levou a incorporar a nível macro ou político-institucional, meso ou sócio-organizacional e micro ou culturo-comunicacional, distintas abordagens visando analisar uma gama de ações de marketing e comunicação escolar nos últimos cinco anos (entre 2005 e 2010), contextualizadas cultural, social, económica e politicamente. Ambicionamos, sobretudo, ir além do mero apontar ou denunciar de uma complexa teia de discursos ideológicos que subjazem a esta matéria, sustentada por inúmeros atores sociais dotados de uma correlação diferenciada de forças, poderes e hegemonias. Perfilhamos, ainda, uma abordagem sociológica da organização escolar, a par de uma construção alternativa de modelos crítico-interpretativos que entende as condições culturais, locais e globais como fundamentais para a compreensão das particularidades comunicacionais que ocorrem em contexto educativo.

* Outra qualificação da autora

Investigadora UNIDCOM.

“Nessa nova ‘organização’, o próprio ‘mundo’ parece aproveitar o poder simbólico da escola e arranjar um ‘lugar’ para ela”
(Costa & Momo, 2009:525).

Especificamente, o objetivo central deste *paper* foca-se no modo como se articulam as ações de marketing e comunicação escolar (utilizamos a classificação de oito ações de de Molnar & Garcia, 2005, e Molnar, 2006¹) com a responsabilidade social empresarial por parte de organizações do Estado, mercado e sociedade civil no espaço escolar, entendido este como canal de mídia e de consumo. Admitimos assim – suportado por um eixo analítico (fruto da adaptação e aplicação do diagrama tridimensional de Feuerstein, 2001) – ter uma construção de parcerias caracterizada, num dos polos, por uma comunicação educativa responsável que, assente em guias de conduta, atua positivamente como suporte de ensino-aprendizagem e, negativamente em contraponto, uma comunicação comercial desprovida de quaisquer códigos de ética, alicerçada a políticas de rendibilidade e de publicitação de produtos e serviços na escola.

Para o efeito, erguemos um edifício analítico alimentado simultaneamente por um enquadramento teórico multirreferencial das ciências sociais e humanas e por uma pesquisa empírica. Esta última recorreu, por um lado, a inquéritos por questionário aos órgãos de direção com funções de administração e gestão escolar há mais de cinco anos (8,3%) dos agrupamentos de escolas de ensino básico de 2º e 3º ciclos com e sem ensino secundário em Portugal continental (referente a alunos com idades entre os 10 e os 15 anos), e, por outro lado, a 29 entrevistados direta ou indiretamente envolvidos em ações de marketing e comunicação escolar de 25 organismos públicos e privados. Note-se que destes organismos foram analisadas as representações sociais de sete atores sociais, pertencentes aos órgãos do Estado (regulação, gestão e implementação na escola), de nove do mercado (concepção, produção e execução de projetos de apoio ao sistema educativo) e de treze da sociedade civil (organismos de autorregulação da publicidade, associações de defesa do consumidor e de pais e encarregados de educação e federações).

Assim, e partindo da percepção de que a educação e a comunicação traduzem processos sociais histórico-culturais singulares que, na contemporaneidade, tendem a entrelaçar-se e a interagir num cenário propulsor comum (Stuart, 2006), sustentamos que a globalização da economia, a proliferação de redes de comunicação e de informação, as marcas globais e os modos padronizados de consumo acarretam consequentemente uma expansão de produtos educativos standardizada. Mais, cabe a esta padronização possibilitar que um dado

tipo de ação pedagógica de uma organização exógena, inscrita numa “*global business community*” (Mattelart, 2000a:326), possa ser consumido em qualquer parte do mundo, num desafio constante de procura de argumentos capazes de persuadir consumidores em distintos contextos culturais. É justamente esta cultura global que particularmente ambiciona “identificar os «universais» ou «coeficientes de aproximação das audiências»” (*idem*:324), assente numa “confluência das atitudes e de comportamentos para um «estilo de vida global»” (*ibidem*:324), o que, seguramente, não invalida que redes publicitárias globais, ao atuarem unificada e estrategicamente, consigam também, paralelamente, fomentar “modalidades tácticas duma autonomia capaz de refletir os cantos e recantos dos territórios e contextos particulares” (*ibidem*:325). No entanto, e apesar do entendimento de que as sociedades são exponencialmente mais complexas, “o discurso dos seus operadores continua a ser classificativo e unidimensional” (*ibidem*:324) em torno de uma identidade cultural centrada no “parâmetro único da medição de audiência” (*ibidem*:336). Em síntese, apoiamo-nos numa abordagem que aponta para indicadores de homogeneidade que segmentam estilos de vida em “*consumption communities*” (*ibidem*:329), fruto de investimentos que têm tido, nos produtos das indústrias culturais norte-americanas, os “suportes naturais da universalidade” (*ibidem*:324), o que curiosamente gerou uma alcunhada cultura “mcdonaldizada” (Ritzer, 1993).

Concomitantemente, vivemos numa “época de transição” (Caraça, 2005), certamente não imune ao papel tridimensional da criança e do jovem consumidor num espaço público-privado mediatizado e particularmente segmentado, contextualizada histórico-socialmente por profundas alterações na estrutura e na vida quotidiana das famílias (Buckingham, 2009a; Rosa & Chitas, 2010). Com efeito, os dados apurados traduzem uma aposta extensiva na segmentação da população-alvo enquanto modo de penetração corporativo que, embutido de uma dada performance, se assume como *cool*, direcionando-se estrategicamente para um dado *target* (Klein, 2002), além de ser acompanhado por um momento de configuração cultural em que distintos modelos familiares e novas propostas pedagógicas tendem a contribuir para a constituição de “uma pluralidade de projetos educativos” (Setton, 2005:346) e em que a influência persuasiva publicitária tem, necessariamente, de ser ponderada face a um conjunto de indicadores sociodemográficos como idade, género, meio social e familiar. Na verdade, e apesar da inerente dicotomia entre publifilia e publifobia, esta persuasão comunicacional não pode, de todo, descurar ainda questões como a discussão em ambiente familiar e entre pares das mensagens veiculadas (Kapferer, 1989; Gunter & Furnham, 2001; Alves, 2002; Cardoso, 2004).

Vivenciamos, portanto, um processo de convergência em que as práticas educacionais, espelho de significados construídos do quotidiano escolar, se desdobram numa série de ícones, símbolos, mitos e ritos, pontuados por valores, princípios éticos e estéticos pertencentes de uma sociedade de consumo (Baudrillard, 1981). Coabitamos, nesta medida, numa sociedade pautada por uma determinada cidadania de consumo, passível de ser traduzida numa cultura mercadológica de bens e serviços susceptíveis de serem simbolicamente consumidos (Lipovetsky, 2007). É que se diferencia pela valorização da comunicação interceptada pela cultura como instrumento fundamental no âmbito das relações sociais (Mattelart, 2000a), envolvendo uma amplitude de formas de expressão que compreendem desde códigos e linguagens verbais até não verbais. Linguagens decerto também do corpo que, enquanto elementos geracionais identitários (Giddens, 2001; Giddens, 2002), apontam a comunicação como um processo de interação humana revelador de um conjunto de crenças, valores, atitudes e saberes inscritos em dadas relações sociais. É, pois, precisamente neste sentido que as práticas culturais acabam por motivar uma dada vinculação identitária, visto a cultura poder ser portadora de um fator decisivo quanto à “combinação de sucesso económico e coesão social, a longo prazo” (Hall, 1997).

A alfabetização e a literacia constituem uma variável fundamental para um melhor entendimento e descodificação em matéria de consumo

Em linha com estes considerandos, a comunicação e a educação, enquanto cerne de construção e de significação da vida social (Sousa, 1999), ao agregarem uma pluralidade de mediações e de mecanismos identitários num mundo simbólico em que os meios tecnológicos potenciam parcerias entre objetos midiáticos e educativos (Belloni, 2005; Costa & Momo, 2009), destabilizam fronteiras conceituais, gerando periclitantes condições de construção e participação entre “esfera pública e privada, entre infância e idade adulta” (Belloni, 2007:77). Daí que, ao valorizarmos estes modos de promoção de um capital simbólico, tenhamos que, necessariamente, entendê-lo à luz da sociedade de consumidores (Bauman *cit in* Porcheddu, 2009) que caracteriza a modernidade tardia em que vivemos. Não obstante, e em sintonia com Buckingham (2009a:3), embora haja riscos e, por conseguinte, a necessidade de salvaguardas éticas adequadas e concertadas, o mundo comercial e os meios de comunicação oferecem às crianças e jovens oportunidades de entretenimento, aprendizagem, criatividade a par de demais

experiências culturais. Com efeito, um dos argumentos mais consensuais dos discursos dos órgãos do Estado, do mercado e da sociedade civil apurados na pesquisa empírica encetada remete para o fato destas técnicas comunicacionais no espaço escolar poderem constituir um fator potenciador de acesso e uso de dados produtos e serviços, que, de outro modo, estariam porventura por completo vedados e inacessíveis à comunidade escolar.

Neste sentido, atente-se no caso do marketing desportivo que agrega estratégias comunicacionais tidas como mais eficazes, quando comparadas com investimentos em meios tradicionais, ao potenciarem um maior envolvimento emocional e um maior grau de interatividade entre patrocinador e público-alvo (Mattelart, 2000b). Daí poderem resultar parcerias, como são as ações de patrocínio de programas e/ou de atividades escolares (Molnar & Garcia, 2005; Molnar, 2006) como aquela que a seguir ilustramos, e que essencialmente consistem numa parceria em triangulação, que compreende um órgão do Estado, ou seja da Direção Geral de Inovação e de Desenvolvimento Curricular do Ministério da Educação (DGIDC, 2009); outro da sociedade civil, representada por uma dada federação desportiva; e por último, uma organização do mercado.

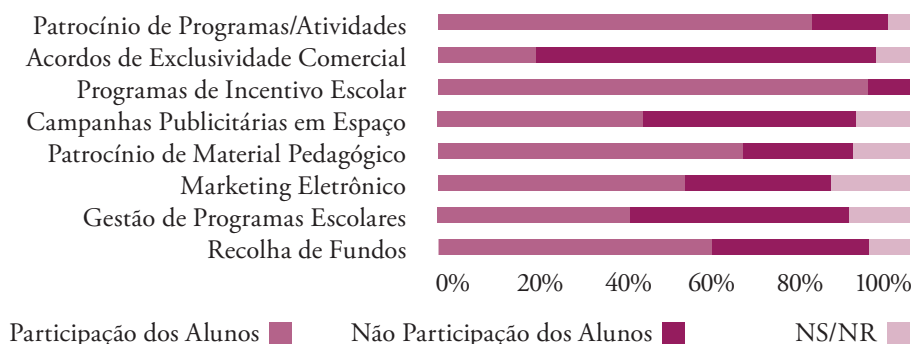
Porquanto é certamente este contexto sociocultural contemporâneo que fomenta a necessidade de se dotar os pais de competências em matéria de consumo e mídia, tanto em casa como nas escolas (Buckingham, 2009a:4). Com efeito, a alfabetização e a literacia constituem uma variável fundamental para um melhor entendimento e descodificação em matéria de consumo, dada a comercialização junto do *target* infantil não apresentar sinais de diminuição quer nos meios tradicionais, quer nos novos canais de mídia, entre os quais a escola. Esta forma de se entender a educação pressupõe, pois, a aquisição de renovadas habilidades cognitivas e distintas competências sociais e pessoais, visando a integração de uma pluralidade de saberes e performances que devem constar da EC e da literacia em mídia, como forma de desvendar renovadas redes simbólicas, e onde “a clivagem informação/conhecimento não deve ser tomada como um absoluto, mas como um campo de batalha ideológico, onde a agência dos investigadores, dos professores e dos movimentos sociais se ativa” (Stoer & Magalhães, 2003:1198).

Em suma, é neste âmbito formativo em que os jovens cidadãos vivenciam uma realidade social mediada pelas TICs, Tecnologias de Informação e Comunicação, que decorrem projetos de incentivo a sentimentos de cidadania e de solidariedade, de educação do consumidor e de literacia dos meios, de educação para a saúde e prática de modalidades desportivas, de

caráter ambiental e ecológico. Ações de marketing e comunicação escolar que, como constatámos no decurso da pesquisa empírica, são inúmeras vezes concebidos e patrocinados ou individualmente por agências de comunicação e marketing, anunciantes, organismos de autorregulação da publicidade, associações de defesa do consumidor, associações de pais e encarregados de educação e por federações, ou em modo de triangulação a envolver um organismo do Estado, do mercado e outro da sociedade civil. Ora, este almejar de aquisição de competências, nem sempre é consensual por parte de uma escola cidadã, que legitimando-se disponibiliza uma oferta formativa alocada a novas configurações de poder que velozmente circulam no tecido social: “Há um currículo cultural encarregado da “formatação” das subjetividades. Nele há enormes doses de sedução, fascínio e prazer, operando na convocação das pessoas para os novos modos de vida nas economias globalizadas do novo capitalismo” (Costa, 2009).

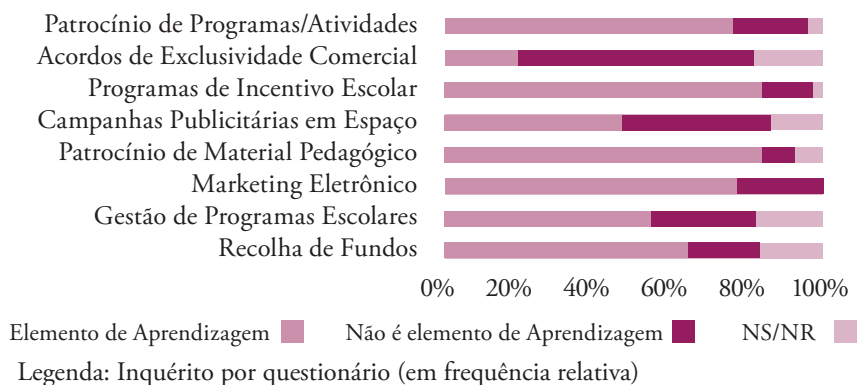
Singularmente, é esta interação comunicativa, este apelo da campanha comunicacional ao envolvimento e à participação por parte dos alunos (Figura 1) que atua como promotor de aprendizagem cumprindo, pois, uma função pedagógica (Figura 2) independentemente de serem parcerias de médio/longo prazo ou fortuitos processos de cooperação (Marques, 1998), o que justamente nos leva a argumentar que “a fragilidade epistemológica do conhecimento não dilui o seu caráter formativo e ao mesmo tempo o informacionalismo, em si mesmo, não esvazia o conhecimento do seu potencial de intervenção política e social. A questão que surge como central não é tanto a dos termos ‘informação’ e ‘conhecimento’, mas a da sua relação nos contextos de agência” (Stoer & Magalhães, 2003:1198).

Figura 1 – Interatividade das ações de marketing e comunicação escolar



Legenda: Inquérito por questionário (em frequência relativa)

Figura 2 – Papel pedagógico das ações de marketing e comunicação escolar



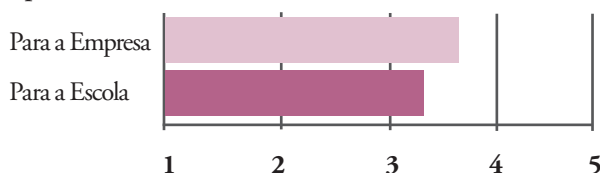
Lembramos, todavia, que, quer quanto ao papel indutor da campanha, quer quanto ao papel pedagógico dos suportes das ações, constituem exceção a estas formas de atuação primeiramente os acordos de exclusividade comercial, seguidos das campanhas publicitárias e da gestão de programas escolares. E curiosamente ocorrem sobretudo de modo extracurricular, fora dos horários padrão de funcionamento do ano letivo (à exceção da gestão de programas escolares). Ainda assim, e olhando para as restantes ações (excetuando os acordos de exclusividade comercial), apelam a uma interação e assimilação cognitiva (Figuras 1 e 2). Mais, em sintonia com esta performance culturo-comunicacional e tal como os dados apurados evidenciam, os artefatos encontram-se acessíveis, em larga maioria, nos espaços comuns do *medium* escola (com um pendor menos acentuado por parte da gestão de programas escolares e determinante por parte das campanhas publicitárias).

Em síntese, confrontamo-nos com uma visão integradora, capaz de articular *currículum* social e historicamente determinado com uma pluralidade de saberes descentralizados acoplados à preposição de *learning by doing* monitorizada por equipas multidisciplinares. E logo, com uma dada ação humana na narrativa da comunicação, a moldar não apenas o *currículum*, quer sob o ponto de vista de uma produção cultural demarcada, quer pelo seu lado implícito, polissémico e oculto (Apple, 1999; Gimeno Sacristán, 1998), mas também por um conjunto de saberes extracurriculares, plurais e descentralizados (Kenway & Bullen, 2001), dado que “na modernidade líquida os centros de ensino e aprendizagem estão submetidos à pressão ‘desinstitucionalizante’ e são continuamente persuadidos a renunciar à sua lealdade aos ‘princípios do conhecimento’ (sua existência, para não falar de sua utilidade, é sempre posta em dúvida), valorizando ao contrário a

flexibilidade da presumida lógica interna das disciplinas escolares” (Bauman cit in Porcheddu, 2009).

Muito embora, quando a exaltação do *kit* é alcançada à conta do conteúdo e dos seus significados, seja para ocultar, deturpar ou ofuscar a mensagem, aí a cultura da aparência converte-se num poderoso eixo de uma cultura social persuasiva focada exclusivamente na atratividade dos estímulos sensoriais (Pérez Gómez, 1998:122). Na verdade, quando analisados os benefícios que podem propiciar aos parceiros, ou seja, quando comparadas as mais-valias que versam estas parcerias de marketing e comunicação para agrupamentos escolares *vs* organizações externas, exaltam-se, por parte dos órgãos de gestão e administração escolar, acentuadas diferenças (Figura 3), visto serem as empresas as que mais apontadas são como obtendo significativamente mais vantagens pela realização destas ações culturo-comunicacionais.

Figura 3 – Percepção do impacto dos benefícios para agrupamentos escolares e empresas



Legenda: Inquérito por questionário (aferido através de uma escala de medida de 5 pontos ancorada a 1= Menos benefício e 5= Mais benefício).

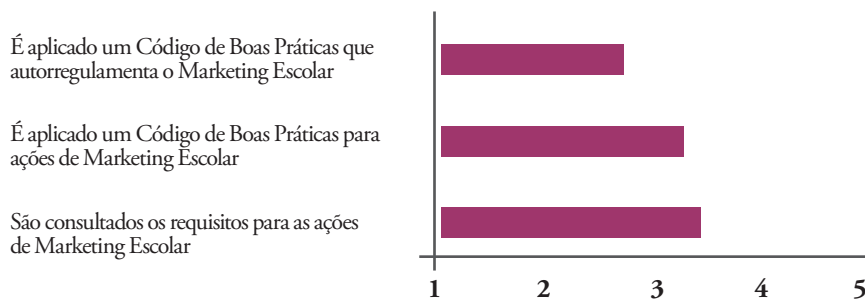
Isso apesar de, e há que frisá-lo, serem notórias as divergências das representações sociais dos órgãos de direção das escolas, quando ponderados os programas que podem potenciar um papel positivo para o processo de aprendizagem e para a comunidade educativa (patrocínios de programas/atividades escolares, programas de incentivo escolar e patrocínio de material pedagógico), em contraponto com o benefício para as organizações exógenas (acordos de exclusividade comercial, campanhas publicitárias e o marketing eletrónico).

Com efeito, e tal com apurámos por parte dos atores sociais do primeiro, do segundo e do terceiro setor entrevistado, quando as ações em espaço escolar têm por objetivo a notoriedade, o *core business* e a imagem social da organização, ou seja, quando se privilegia uma comunicação pedagógica de carácter educativo-didático, os resultados enaltecem os agentes que o operacionalizam e transparecem positivamente para a comunidade educativa,

mas quando o que está em causa resulta numa predominância de objetivos comerciais e de produto/marca, i.e., numa comunicação comercial de caráter promocional, a implementação deste tipo de ações acaba por ser depreciativamente encarada para qualquer uma das organizações envolvidas, seja a endógena escolar ou a exógena público-privada, tanto pelos órgãos de direção dos agrupamentos de escola, como pelos *stakeholders* ouvidos.

Ao que importa acrescentar, no que respeita à consulta de requisitos éticos para as ações de marketing escolar definidos pelo Ministério da Educação, que os órgãos de direção escolar foram unânimes a apontar para a aplicação de códigos de boas práticas e/ou guias de conduta dos próprios agrupamentos de escola, ao abrigo da sua autonomia e das deliberações do Conselho Geral (Figura 4). Embora, e curiosamente, aferimos não existir formalmente esse dispositivo, isto é, apurámos nos discursos dos agentes, independentemente do setor a que pertencem, referências a um conjunto de princípios e de pressupostos que as parcerias socioeducativas devem contemplar, designadamente as do desporto escolar, embora estas disposições não se encontrem transpostas quanto a conteúdos, meios e suportes educativos para algum protocolo único e específico atualmente em circulação ou em algum despacho normativo por exemplo.

Figura 4 – Sistema legal e autorregulação do marketing e comunicação escolar



Legenda: Inquérito por questionário (aferido através de uma escala de medida de 5 pontos ancorada a 1= Discordo totalmente e 5= Concordo totalmente)².

Dito isto, e tendo presente uma dicotomia entre o que se entende por responsabilidade social da comunicação (Instituto Ethos, 1999) e por comunicação comercial (ICAP, 2010) dirigida à população infanto-juvenil nas escolas públicas portuguesas, evidenciam os resultados empíricos que a existência de códigos ou guias internos dos agrupamentos de escola (Figura

4) podem ter levado 82% dos órgãos de direção escolar (Figura 5) a recusar, em algum momento, algum tipo de ação de marketing e comunicação proposto.

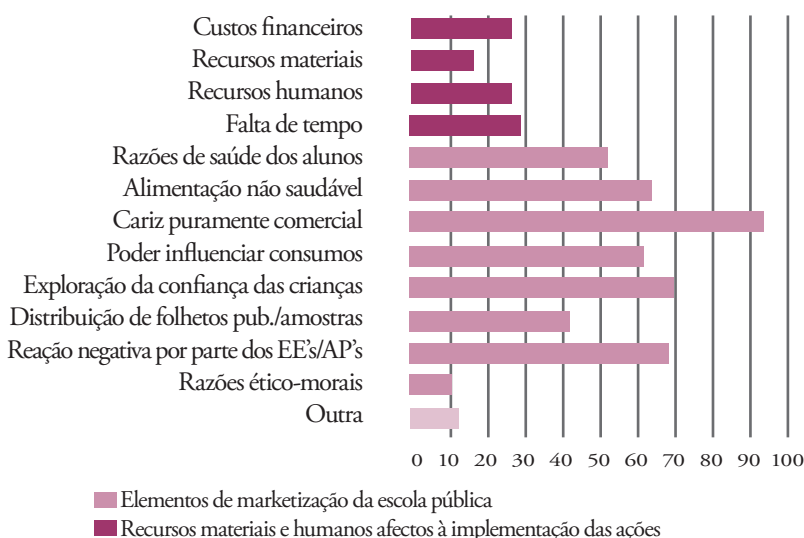
Figura 5 – Rejeição de ações de marketing e comunicação escolar



Legenda: Inquérito por questionário (em frequência relativa)

Todavia, não foram os projetos que implicam recursos materiais, financeiros, humanos ou temporais necessários à implementação das ações os que mais recusas desencadearam (figura 6), visto terem sido sobretudo os fatores que categorizámos como constitutivos de uma “marketização” da escola pública os que sobremaneira se diferenciam. Daí que tenhamos notoriamente nestas rejeições – à parte da preocupação com a reação negativa dos pais e das suas estruturas representativas – tanto os elementos característicos de uma comunicação comercial como as ações que colidem com a promoção de uma educação para a saúde.

Figura 6 – Razões de recusa de ações de marketing e comunicação escolar



Legenda: Inquérito por questionário (em frequência relativa)³

Em sinopse, esta fusão ou simbiose em que a gama de ações de marketing e comunicação escolar identificadas convivem (Molnar & Garcia, 2005; Molnar, 2006), e em que a cultura gerida como um recurso, mediante distintos objetivos de investimento económico-social alcança desiguais níveis de retorno (Yúdice, 2004), pode precisamente constituir uma das vias que a escola encontrou para responder a renovadas solicitações numa modernidade líquida (Bauman, 2007). Escola que é, desta feita, enquadrada num mercado de oferta e procura, que não se limita a reproduzir culturalmente estas ações, ao ser também produtora deste tipo de práticas culturais, sendo-lhe hoje reconhecida paradoxal e simultaneamente, tal como constatámos, tanto uma atitude proativa na procura e proposta de parcerias socioeducativas, como uma certa impreparação em literacia em mídia para descodificar certas propostas comunicacionais.

De todo o modo, o reconhecimento desta proatividade implica uma reflexão e um questionamento centrado na gestão, no currículo, nos conteúdos e nas metodologias a adotar (Silva & Souza, 2009:796). Importa ainda lembrar que este entendimento traduz um processo de socialização para o qual, nos seus primórdios, muito contribuiu a mídia televisão (Lazar, 1987) e que curiosamente ocorreu em paralelo à diminuição do prestígio da escola. E em que a aprendizagem resultante de uma cultura audiovisual numa “escola paralela” demarca-se como exacerbadamente sedutora, sendo singularmente capaz de proporcionar um prazer imediato, contrariamente ao que sucedia numa “escola petrificada” (Friedmann, 1966 *cit in* Lazar, 1987:24). Daí que a “escola paralela” (*idem*) tenda a penetrar a “escola petrificada” (*ibidem*), renovando-a e reinventando-a, e provocando uma alteração profunda nas relações sociais, quer pela apropriação e uso das TICs no seu seio, quer e peculiarmente pelas aprendizagens híbridas que de modo interinstitucional, encetadas por múltiplos atores do *in-school marketing*, coabitam no seu interior, implicando uma corresponsabilização por parte de distintos atores sociais detentores de uma “geometria de poder” (Hall, 1997) muito variável.

Conclusão

Temos seguramente a apontar o registo de uma cultura hegemónica que atravessa o mundo político, económico, social, linguístico e pedagógico e que, ao incorporar dispositivos standardizados destinados ao sistema educativo, traduz uma disputa pelas representações sociais dominantes acerca do nosso (Silva, 2002; Marshall, 2001; Torres Santomé, 2000), sendo ao abrigo destas representações, partilhadas por dadas redes discursivas, que distintos atores

sociais, sejam especialistas em certas áreas temáticas, pedagogos, professores, executivos e/ou criativos publicitários, adquirem uma determinada legitimidade e reconhecida visibilidade para conceber e difundir um sempre renovado e atualizado “dispositivo pedagógico” (Fisher, 2002:153).

Na verdade, a CIM, Comunicação Integrada de Marketing, apoiada pelas TICs, e assente em novas mídias mais próximos do público-alvo a impactar, tece autênticos textos sociais que “respondem a desenvolvimentos-chave durante o período no qual aparecem” (Kellner, 2002:114) e que espelham justamente os projetos/ações observados no decurso da pesquisa empírica. Estes evidenciam que as temáticas de preocupação social e de cidadania, ambiente e ecologia, saúde e nutrição foram incorporadas e estão a ser operacionalizadas como estratégias de marketing e comunicação escolar. Logo, e dado o papel de mediação da escola pública, circulam doravante numa plataforma escola convertida em canal de mídia, como espaço de referência e de articulação, iniciativas organizacionais, sejam públicas, privadas ou da sociedade civil, promovendo tanto uma inclusão como uma exclusão de pressupostos díspares ilustrativas de uma “cultura como recurso” (Yúdice, 2004:63).

E, paralelamente, estas parcerias, independentemente de serem socioeducativas ou ocasionais modos de associação (com exceção dos acordos de exclusividade comercial, campanhas publicitárias e gestão de programas escolares), ao induzirem preferencialmente uma comunicação ativa, um envolvimento e uma participação, permitem dotar os atores de uma cidadania do consumo, possibilitando um conhecimento social e cultural do mundo, adquirido por uma panóplia de dispositivos cognitivos fomentadores de distintas aprendizagens. Em sintonia, os projetos/ações tendem a fazer-se acompanhar de uma oferta de ferramentas metodológicas para os docentes e de instrumentos avaliativos para os discentes, constituindo-se como suportes criativos paradigmáticos numa óptica de mercadoria pronta para o consumo ou mcdonaldizada (Gentili, 2000).

Mais, esta comunicação usa ferramentas caracterizadas e dinamizadas por uma “hiperestimulação sensorial” (Pérez Gómez, 1998:111), num contexto que continuamente apela à criação e originalidade, à inovação e reinvenção como forma de manter o seu poder de atração e de envolvimento com o público-alvo, entre eles os alunos, os professores e, dado o poder de influência do *target* juvenil (McNeal, 1992), também os seus pais e encarregados de educação. Repare-se, quanto a este último âmbito de abrangência, que foram várias as vozes do mercado e da sociedade civil a aclamar por um maior conhecimento e participação familiar neste processo.

Posto isto, as formas de materialização de um *ethos* corporativo evidenciam que, se fundamentalmente até há algum tempo atrás ocorriam tendencialmente “táticas com fins explicitamente comerciais: mostrar e divulgar para conquistar novos consumidores” (Costa & Momo, 2009:531), hoje aparenta ser “diferente, pois os usos contemporâneos da cultura implicam ‘ações’ estratégicas de instituições com poder simbólico consolidado, como a escola” (*idem*: 532). A confiança depositada nesta instituição secular, e tal como substanciado pela diretora-geral do organismo de autorregulação representativo dos anunciantes portugueses (APAN), confere, pois, a estes projetos um alcance *win win*, ou seja, de legitimação e visibilidade num espaço performativo privilegiado aos olhos da sociedade promotor da construção de “uma consciência de marca” (Serralheiro, 2006). Daí que, e sem menosprezar uma dada rendibilidade e mensurabilidade associada a uma cobertura midiática em diferentes suportes de comunicação (balanços sociais, eventos, *press release*, *newsletters*, comunicados sobre as ações sociais e ambientais etc.), importa frisar que as organizações não se limitem hoje, exclusivamente, a um carácter promocional da sua imagem de marca, uma vez que se apoiam precisamente na produção pedagógica em diversas áreas do conhecimento.

Ora, estas atuações levam a que haja uma certa unanimidade por parte dos atores dos três sectores sociais entrevistados quanto à oportunidade e ao potencial destes produtos educativos contribuírem ativamente, embora sem carácter de obrigatoriedade, para uma aprendizagem interdisciplinar, seja de modo extracurricular ou curricular. Embora se note que tanto o órgão ministerial de regulação destas ações (DGIDC) como os professores coordenadores tendem a desvalorizar uma transmissão de conhecimentos assente numa oferta de projetos prontos-a-servir que não incentivam os alunos a explorar e a descobrir por si mesmos matérias e objetos de estudo, bem como a menosprezar ações descontextualizadas pedagogicamente ou desprovidas de mais-valias para o PEE, Projeto Educativo da Escola.

Note-se também que, no que respeita a benefícios para os *partners* envolvidos, tanto anunciantes como executivos de mídia e federações exaltam uma necessária paridade de objetivos e de resultados entre parceiros. Nesta medida, cabe às marcas envolvidas privilegiar um retorno de notoriedade organizacional em detrimento da publicitação de bens e serviços no espaço escolar, sendo ainda, sob este ideário, que preferencialmente devem contribuir com recursos materiais, financeiros etc., para o agrupamento e para a população escolar. Na verdade, quando estes objetivos de responsabilidade social empresarial prevalecem, demarcam-se para os órgãos de direção

escolares os projetos que contribuem positivamente para o sistema educativo (patrocínios de programas/atividades escolares e de material pedagógico e programas de incentivo escolar), contrariamente aos que dão primazia a aspectos comerciais, e logo se distanciam daqueles (acordos de exclusividade comercial e campanhas publicitárias e de marketing eletrónico).

A reter ainda que, segundo o órgão de regulação do Ministério da Educação, quando a responsabilidade social se sobrepõe a benefícios que podem inclusive deturpar o objetivo da ação, então a marca, em termos da sua identificação e visibilidade, opta por estar patente nos suportes, embora seguramente o faça de maneira discreta. Esta forma de encarar a identidade da marca nos suportes, seja em cartazes ou em *websites*, a que recorre é, aliás, partilhada por outros atores sociais do mercado e da sociedade civil. Note-se, ainda particularmente, a propósito dos *websites* que aí as ações são automaticamente extrapoladas e prolongadas para fora da escola, o que certamente implica que o estudo e a aceitação de um projeto decorra em paralelo com uma análise do agente em si e do seu portal virtual, visto, e tal como a técnica da DGC, Direção Geral do Consumidor, e a secretária-geral do organismo de autorregulação e de divulgação de boas práticas às agências de publicidade e comunicação (APAP) acentuaram, poder estar a ser posta em causa a confiança depositada na instituição escolar via continuidade dos projetos *online*, designadamente pela solicitação de dados pessoais dos alunos.

Assim, esta linha interpretativa remete-nos para o alvo a que as ações de marketing e comunicação escolar se dirigem, começando, num primeiro plano, por acentuar que visam crianças e jovens ativos, autónomos e expectantes, embora, e sob certos aspectos, se incentive a que se comportem de determinada maneira sem requerer a aprovação dos adultos, sinal, enfim, de uma contemporaneidade em que a estrutura requer a agência, mas a agência apenas funciona através da estrutura (Buckingham, 2009b). E em que é, à luz desta vivência de jovem flexível, empreendedor e responsável, portador de ferramentas para traçar o seu estilo de vida, quer no que reporta à seleção de bens e serviços que simbolicamente o identificam à escala global com os seus grupos de referência, quer à seleção de políticas sociais (saúde, educação e segurança social) que estão em voga na contemporaneidade, que consegue simbolicamente conectar-se a clubes de consumidores localmente dispersos.

Vivenciamos
um processo de
convergência em
que as práticas
educacionais se
desdobram numa
série de ícones,
símbolos, mitos
e ritos

Nesta medida, estes artefatos estão dotados para exercer, na atualidade, uma função de integração social dos alunos, suscitando, sobremaneira, uma aprendizagem icónico-verbal de uma multiplicidade de suportes físicos e virtuais, a nível de imagens, conteúdos, cores e sons. Integram, assim, uma plataforma multimídia transmissora de uma dada representação do mundo que contribui especialmente para povoar o universo simbólico infanto-juvenil, demarcando-se, precisamente, como símbolos ideológicos e hegemónicos, essenciais à reprodução social quotidiana, mediante condutas relacionais socializantes numa dada dimensão comunicativa e semiótica (Belloni, 2005; Costa & Momo, 2009), em que nitidamente o *timing* das ações equivale ao da sua *performance* (Bauman, 2007), validando consequentemente a condição da sua existência.

Concomitantemente, se cabe à publicidade criar a simbologia dos objetos (Baudrillard, 1981) e se a sua posse contribuiu para a construção identitária dos sujeitos (Giddens, 2001), atuando como motor do consumo e viabilizando a integração de crianças e jovens na dinâmica social (Mattelart, 2000a), então é essencial que se prepare este *target* para decodificar as mensagens de que estão a ser alvo no *medium* escola e que os resultados apurados mostram sinais evidentes de continuar a aumentar nos próximos anos, devido, especialmente, à diferença de custos face a campanhas nos canais de mídia tradicionais e à proximidade com o *target*, de modo a que se possa tirar partido de um conjunto de oportunidades de entretenimento e de aprendizagem da tríade setorial. Logo, defendemos, na senda de Delors (1998:99) que “todo o ser humano deve ser preparado, especialmente graças à educação que recebe na juventude, para elaborar pensamentos autónomos e críticos e para formular os seus próprios juízos de valor, de modo a poder decidir, por si mesmo, como agir nas diferentes circunstâncias da vida”.

E transporta-nos em segundo plano para o alvo do sistema educativo em si, onde temos a assinalar que da intersecção da comunicação com a educação, motores em si mesmos de construção e de significação da vida social (Sousa, 1999), resulta, também hoje, o lugar que a plataforma escola interinstitucional e interacional simbolicamente consegue ocupar, associada naturalmente ao modo como consegue veicular e operar a sua própria projeção culturo-midiática. Na verdade, se a comunicação é responsável por todo o processo de globalização (Mattelart, 2000a), a escola, ao ser doravante polo de atração de ações comunicacionais, consegue duplamente tanto trabalhar na construção da sua identidade organizacional, da sua imagem e notoriedade, como consegue integrar social e simbolicamente a comunidade escolar numa cultura hegemónica (Costa & Momo, 2009).

É precisamente esta ordem de ideias que nos leva sumariamente a argumentar que estas novas ferramentas indutoras de uma aprendizagem ativa, munidas de certas dinâmicas pedagógicas e portadoras de interativos objetos cognitivos, tendem simultaneamente a auxiliar e a colaborar, quer a escola a reconfigurar-se e reposicionar-se na “cultura social” da contemporaneidade (Pérez Gómez, 1998), quer a revigorizar o “self mediatizado” (Langer, 2005:259) da própria população escolar, da qual não nos podemos esquecer, tal como frisado pelos anunciantes, do papel dos professores, tanto para a implementação e operacionalização destas ações como também enquanto elemento de certificação para os seus *curriculum vitae*.

Se assim é, então a escola tem de desenvolver competências capazes de ensinar as diferenças entre dados científicos, informação, conhecimento, entretenimento e publicidade, embora esta linha de pensamento seja permeável a uma interrogação: consegue uma escola comoditizada discernir a diferença? E ao conseguir esta descodificação tem ainda de considerar que o tecido sociocultural, padronizado pelo consumo, necessita de um olhar incisivo por parte dos agentes da comunidade científica, visto constituir o resultado de uma vaga híbrida que, na era do desejo, aglutina algo fascinante, apetecível e impactante – entretenimento, educação e comunicação –, radicando precisamente na combinação destes ingredientes a não consensualidade deste dispositivo formativo nos discursos escutados. Note-se que são particularmente as associações de defesa do consumidor da sociedade civil que apontam uma passividade de docentes, de pais e das suas estruturas representativas, acentuada, por um lado, por uma impreparação para saber interpretar e descodificar estas ações, e, por outro, por uma escassez de recursos materiais dos agrupamentos de escola, o que leva inclusive o Diretor da apDC/CEDC (Centro de Estudos de Direito do Consumo da associação portuguesa de Direito do Consumo) a rejeitar liminarmente qualquer parceria desta natureza nas escolas enquanto não houver uma educação do consumidor e uma alfabetização em mídia encetada a partir do Estado.

Assim sendo, esta argumentação acaba por desocultar outras questões subjacentes, tais como: que sistema social está em causa nesta rede educativa em que o consumo se afigura como condição de existência de atores sociais e organizações? E como é que a escola pública consegue afinal lidar com esta tensão permanente entre interesse privado e bem comum? Em jeito de resposta, sustentamos que os sistemas sociais são parte de um “poder invisível o qual só pode ser excedido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem” (Bourdieu, 1989:7-8).

Acreditamos assim que a liberdade e o constrangimento dos atores, em espaço escolar, para propor e aceitar projetos constitui uma pedra basilar deste processo, podendo, aliás, ser este o paradoxo do marketing contemporâneo (Buckingham & Tingstad, 2010). Consequentemente, ao mesmo tempo que encenam ou preformam a cultura, utilizando-se dela para distintos fins, constroem as suas próprias identidades, revelando-se ativamente desta forma, visto que “a conveniência da cultura sustenta a performatividade como lógica fundamental da vida social hoje” (Yúdice, 2004:50). E donde a performance enquanto conceito reflexivo ao atuar nos modelos socialmente construídos permitir justamente aos atores tanto pactuar como negociar como resistir.

Notas

¹ Especificamente: patrocínio de programas/atividades escolares; acordos de exclusividade comercial; programas de incentivo escolar; campanhas publicitárias em espaço escolar; patrocínio de material pedagógico; marketing eletrônico; gestão de programas escolares; e recolha de fundos (Molnar & Garcia, 2005; Molnar, 2006).

² Mediante um conjunto de parâmetros de cooperação que caracterizam as parcerias, obteve-se esta subcategoria que ilustra a responsabilidade social da comunicação e que agrega os três indicadores seguintes: É aplicado um Código de Boas Práticas que autorregulamenta o marketing escolar; é aplicado um Código de Boas Práticas para ações de marketing escolar ao abrigo de um código interno do agrupamento da escola; e são consultados os requisitos para as ações de marketing escolar definidos pelo Ministério da Educação.

³ O indicador – Fatores de “marketização” da escola pública compreende os oito itens seguintes: Desadequado para alunos por razões de saúde (ex. obesidade infanto-juvenil); Por se tratar de produtos/serviços que não favorecem uma alimentação saudável; por ser uma ação de cariz puramente comercial; por poder influenciar os consumos das famílias, das crianças e jovens; por poder ser explorada a confiança das crianças, ao ser distribuída matéria publicitária/promocional através dos professores; por implicar a distribuição de folhetos publicitários/amostras a alunos; por poder desencadear uma reação negativa por parte dos encarregados de educação, e/ou associação de pais; e razões de ordem religiosa ou ético-morais.

Referências

- ALVES, Carlos Teixeira (2002), *Comportamento do consumidor-análise do comportamento da criança*, Lisboa, Escolar Editora.
- APPLE, Michael W. (1999), *Ideologia e currículo*, Porto, Porto Editora.
- BAUDRILLARD, Jean (1981), *A sociedade de consumo*, Lisboa, Edições 70, pp. 115-230.
- BAUMAN, Zygmunt (2007), *Vida líquida*, Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor Ltda, (Online), pp. 7-10. Disponível em: <http://www.zahar.com.br/doc/t1132.pdf>
- BELLONI, M. Luiza (2005), *O que é mídia-educação*, Coleção Polêmicas do Nosso Tempo, Campinas, Autores Associados, pp. 31-47.

BELLONI, M. Luiza (2007), “Infância, mídias e educação: revisitando o conceito de socialização”, *Perspectiva*, Florianópolis, (Online), 25 (1), jan./jun., pp. 57-82. Disponível em: http://www.perspectiva.ufsc.br/perspectiva_2007_01/5-Maria%20Luiza.pdf

BOURDIEU, Pierre (1989), *O poder simbólico*, Lisboa, Difel Editora, pp.1-58.

BUCKINGHAM, David *et al* (2009a), *The Impact of the Commercial World on Children's Wellbeing: Report of an Independent Assessment*, Report for the Department of Children, Schools and Families and the Department for Culture, Media and Sport, (Online), pp. 1-191. Disponível em: <http://publications.education.gov.uk/eOrderingDownload/00669-2009DOM-EN.pdf>

BUCKINGHAM, David (2009b), “Interview”, *London knowledge Lab.*, August 19, (Online). Disponível em: <http://www.lkl.ac.uk/cms/index.php?option=content&task=view&id=349>

BUCKINGHAM, David & Tingstad, Vebjør (2010), “Introduction”, David Buckingham & Vebjør Tingstad (org), *Childhood and Consumer Culture*, (Online), pp. 1-14. Disponível em: <http://www.palgrave.com/PDFs/9780230227835.Pdf>

CARAÇA, João (2005), “Prefácio – Trabalhar em rede, ou sem rede?”, Gustavo Cardoso *et al* (org.), *A sociedade em rede em Portugal*, Porto, Campo das Letras, pp. 7-12.

CARDOSO, António J.M. (2004), “Influência da publicidade nas crianças: efeitos comerciais e sociais imediatos e a longo prazo”, Paulo R. Cardoso, & Sofia N. Gaio (org.), *Publicidade e comunicação empresarial – perspectivas e contributos*, Porto, Ed. Universidade Fernando Pessoa, pp. 75-97.

COSTA, Maria Vorraber (2009), “Aprendendo a viver nas sociedades líquido-modernas”, *Jornal a Página da educação*, 187 (II), Inverno, (Online) pp. 92-3. Disponível em: <http://www.apagina.pt/?aba=7&cat=532&doc=13683&mid=2>

COSTA, Maria Vorraber & MOMO, Mariangela (2009), “Sobre a ‘conveniência’ da escola”, *Revista Brasileira de Educação*, (Online), 14 (42), septiembre-diciembre, pp. 521-33. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=27512149009>.

DELORS, Jacques (1998), *Educação um tesouro a descobrir – Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Séc. XXI*, Porto, Editora Asa. Disponível em: http://ns1.dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_unesco_educ_tesouro_descobrir.pdf

DGIDC, Direção-Geral de Inovação e Desenvolvimento Curricular (2009), *Desporto escolar – Projectos Especiais*, (Online). Disponível em: <http://www.desportoescolar.min-edu.pt/projectosEspeciais.aspx>

FEUERSTEIN, Abe (2001), “Selling Our Schools? Principals’ Views on Schoolhouse Commercialism and School-Business Interactions”, *Educational Administration Quarterly*, (Online), 37, Sage Publications, pp. 322-71. Disponível em: <http://eaq.sagepub.com>

FISCHER, Rosa Maria Bueno (2002), “O dispositivo pedagógico da mídia: modos de educar na (e pela) TV”, *Educação & Pesquisa*, (Online), 28(1), pp. 151-62. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022002000100011&lng=en&nrm=iso

GENTILI, Pablo (2000), “A McDonaldização da escola: a propósito de ‘Consumindo o outro’”, Marisa Vorraber Costa (org.), *Escola básica na virada do século: cultura, política e currículo*, São Paulo, Cortez, pp. 45-60.

GIDDENS, Anthony (2001), *Modernidade e identidade pessoal*, [ed. original 1991] Oeiras, Celta Editora, pp. 1-100; 167-91.

GIDDENS, Anthony (2002), *As consequências da modernidade*, [ed. original 1990], Oeiras, Celta Editora, pp. 1-54; 123-6.

GIMENO SACRISTÁN, José (1998), *Poderes inestables en educación*, Madrid, Ediciones Morata, pp. 255-338.

GUNTER, Barrie & FURNHAM, Adrian (2001), *As crianças como consumidoras – Uma análise psicológica do mercado juvenil*, Lisboa, Instituto Piaget.

HALL, Stuart (1997), “A centralidade da cultura: notas sobre as revoluções do nosso tempo”, *Educação & Realidade*, Porto Alegre, (Online), 22 (2), jul./dez. Disponível em: http://www.educacaoonline.pro.br/index.php?option=com_content&view=article&id=117:a-centralidade-da-cultura-notas-sobre-as-revolucoes-culturais-do-nosso-tempo&catid=8:multiculturalismo&Itemid=19

ICAP, Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (2010), *Código de Conduta do ICAP em matéria de publicidade e outras formas de comunicação comercial – Novo Código de Conduta de 31 de Março de 2010*, (Online). Disponível em: http://www.icap.pt/images/memos/Novo_CodConduta_ICAP_Pub_ComComercial.pdf

Instituto Ethos (1999), *Manual Ethos – O que as empresas podem fazer pela educação*, (Online), pp. 1-64. Disponível em: http://www.ethos.org.br/_Uniethos/Documents/manualeduc.pdf

KAPFERER, Jean-Noël (1989), *A criança e a publicidade*, Porto, Rés Editora.

KELLNER, Douglas (2002), “Lendo imagens criticamente: em direção a uma pedagogia pós-moderna”, Tomaz Tadeu da Silva (org. e trad.), *Alienígenas na sala de aula*, 4. ed., Petrópolis, Vozes, (Online), pp. 104-31. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/54524569/Tomaz-Tadeu-da-Silva-Alienigenas-na-Sala-de-Aula>

KENWAY, Jane & BULLEN, Elizabeth (2001), *Consuming children: Education-entertainment-advertising*, Buckingham, Open University Press, (Online), pp. 1-7. Disponível em: <http://www.mcgraw-hill.co.uk/openup/chapters/0335202993.pdf>

KLEIN, Naomi (2002), *NoLogo – O Poder das Marcas*, Lisboa, Relógio d'Água Editores, pp. 111-130.

LANGER, Beryl (2005), “Research Note: Consuming anomie: children and global commercial culture”, *Childhood*, SAGE Publications, (Online), 12 (2), pp. 259-71. Disponível em: <http://chd.sagepub.com>

LAZAR, Judith (1987), *Escola, Comunicação, Televisão*. Porto, Rés Editora.

LIPOVETSKY, Gilles (2007), *A Felicidade Paradoxal. Ensaios sobre a Sociedade do Hiperconsumo*, Lisboa, Edições 70.

MARSHALL, Leandro (2001), “A estética da mercadoria jornalística”, *Anais XXIV Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação*, Campo Grande/MS, São Paulo, Intercom/Portcom, Intercom, (Online), pp. 1-22. Disponível em: <http://www.portcom.intercom.org.br/novosite/pdfs/47126429396717504480003966306883869192>

MARQUES, Margarida (1998), “Comunidades Educativas e Parcerias”, *Escola e Parcerias Educativas, Colóquio/Educação e Sociedade*, 4 (nova série), Outubro. Fundação Calouste Gulbenkian, pp. 123-40.

MATTELART, Armand (2000a), *História da utopia planetária – da cidade profética à sociedade global*. Lisboa, Editorial Bizâncio, pp. 318-36.

MATTELART, Armand (2000b), *La publicidad*, Barcelona, Paidós, pp. 30-2.

MCNEAL, James (1992), *Kids as Customers – A Handbook of Marketing to Children*, New York, Lexington Books.

MOLNAR, Alex & Garcia, David R. (2005), *Empty Calories: Commercializing Activities in America's Schools: The Eighth-Annual Report on Schoolhouse Commercialism Trends, 2004-2005*, Arizona State University, CERU-Commercialism in Education Research Unit, (Online), pp. 1-51. Disponível em: <http://nepc.colorado.edu/files/EPsL-0511-103-CERU.pdf>

MOLNAR, Alex (2006), *The Ninth Annual Report on Schoolhouse Commercialism Trends: 2005-2006*, Arizona State University, CERU-Commercialism in Education Research Unit, (Online), pp. 1-53. Disponível em: <http://epsl.asu.edu/ceru/Annual%20reports/EPsl-0611-220-CERU.pdf>

PÉREZ GÓMES, Ángel I. (1998), *La cultura escolar en la sociedad neoliberal*, Madrid, Ediciones Morata, pp. 79-162.

PORCHEDDU, Alba (2009), “Zygmunt Bauman: entrevista sobre a educação. Desafios pedagógicos e modernidade líquida”, *Cadernos de Pesquisa*, (Online), 39, (137), pp. 661-84. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-15742009000200016&script=sci_arttext

Projecto “Nestum Rugby nas Escolas” (*sine anno*), (Online). Disponível em: <http://www.arugbynorte.pt/?sec=image&id=407>

RITZER, George (1993), *The McDonaldization of Society*, Thousand Oaks, CA, Pine Forge Press, pp. 1-16

ROSA, Maria João V. & CHITAS, Paulo (2010), *Portugal: os números*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Relógio D'Água Editores.

SERRALHEIRO, José Paulo (2006), “As escolas ao serviço das marcas”, *Jornal a Página da Educação*, (Online), 153(15), Fevereiro, p. 3. Disponível em: <http://www.apagina.pt/?aba=7&cat=153&doc=11328&mid=2>

SETTON, Maria G. Jacintho (2005), “A particularidade do processo de socialização contemporâneo”, *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, (Online), 17 (2), pp. 335-50. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v17n2/a15v17n2.pdf>

SILVA, Maria Vieira (2002), “O *ethos* empresarial na educação escolar: novos dispositivos, novas subjetividades”, *Revista Trabalho e Crítica*, Florianópolis, UFSC/NUP/CED, Cidade Futura, (Online), 3, pp. 1-20. Disponível em: <http://www.anped.org.br/reunioes/24/T0973230465572.doc>

SILVA, Maria Vieira & Souza, S. Aparecida de (2009), “Educação e responsabilidade empresarial: “novas” modalidades de atuação da esfera privada na oferta educacional”, *Educação & Sociedade*, (Online), 30(108), pp. 779-98. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=87313700008>

SOUSA, Mauro W. (1999), “Comunicação e educação: entre meios e mediações”, *Cadernos de Pesquisa*, (Online), 106, Março, São Paulo, Fundação Carlos Chagas/Autores Associados, pp. 9-25. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n106/n106a01.pdf>

STOER, Stephen R. & MAGALHÃES, António M. (2003), “Educação, Conhecimento e Sociedade em Rede”, *Educação & Sociedade*, Campinas, (Online), 24 (85), dezembro, pp. 1179-202. Disponível em: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/873/87313717005.pdf>

STUART, David (2006), “Commercial School-Business Relationships in New Zealand”, *New Zealand Annual Review of Education*, (Online), 15, pp. 65-83. Disponível em: <http://www.victoria.ac.nz/nzaroe/2005/pdf/text-stuart.pdf>

TORRES SANTOMÉ, Jurjo (2000), “O professorado na época do neoliberalismo – Aspectos sociopolíticos do seu trabalho”, J.A. Pacheco (org.), *Políticas educativas – O neoliberalismo em educação*, Porto, Porto Editora, pp. 67-90.

YÚDICE, George (2004), *A conveniência da cultura – Usos da cultura na era global*, Belo Horizonte, UFMG Editora, pp. 25-64.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

SOC/478
FABRICO, APRESENTAÇÃO E VENDA DE
TABACO E PRODUTOS AFINS

BRUXELAS, 11 DE JULHO DE 2013

PARECER
DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

PROPOSTA DE DIRETIVA DO PARLAMENTO
EUROPEU E DO CONSELHO RELATIVA
À APROXIMAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES
LEGISLATIVAS, REGULAMENTARES E
ADMINISTRATIVAS DOS ESTADOS-
MEMBROS NO QUE RESPEITA AO FABRICO, À
APRESENTAÇÃO E À VENDA DE PRODUTOS DO
TABACO E PRODUTOS AFINS

COM(2012) 788 FINAL - 2012/0366 (COD)

RELATOR: JOSÉ ISAIÁS RODRÍGUEZ GARCÍA-CARO

EXCERTOS

“O CESE tem plena consciência dos riscos do tabagismo para a saúde pública”

“Se todos os maços de tabaco passarem a ter o mesmo formato e sabor, o preço passará a ser o único critério de diferenciação entre marcas, empobrecendo assim a cadeia de valor de todo o setor. Com o preço como único elemento de concorrência, assistir-se-á a uma queda dos preços que provocará, por um lado, uma diminuição das receitas dos operadores do setor e das receitas fiscais dos Estados e, por outro, a destruição de empregos no setor”

“Uma limitação excessiva dos ingredientes poderia provocar uma harmonização dos sabores e, desse modo, impossibilitar a diferenciação dos concorrentes, limitando o investimento e o eventual lançamento de novos produtos, tudo em detrimento dos consumidores, que deixariam assim de ter possibilidade de escolha”

“Os produtos que contêm tabaco (e não nicotina química) e que, desse modo, estão sujeitos ao disposto na diretiva, devem ser objeto de uma definição e regulamentação claras, que permitam informar os consumidores sobre as suas características”

Em 15 de janeiro de 2013, o Parlamento Europeu e o Conselho decidiram, nos termos do artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, consultar o Comité Económico e Social Europeu sobre a

Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco e produtos afins
COM(2012) 788 final - 2012/0366 (COD).

Incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos, a Secção Especializada de Emprego, Assuntos Sociais e Cidadania emitiu parecer em 26 de março de 2013.

Na 491.^a reunião plenária de 10 e 11 de julho de 2013 (sessão de 11 de julho de 2013), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 173 votos a favor, 52 votos contra e 28 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões

1.1. A base jurídica do projeto legislativo proposto pela Comissão Europeia é o artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹. O seu suposto objetivo deve ser, por conseguinte, a aproximação das disposições jurídicas aplicáveis aos produtos do tabaco, a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado interno. No ponto 3.9.1. da proposta de diretiva refere-se que a escolha da base jurídica foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia para a Diretiva 2001/37/CE² e que, consequentemente, essa base jurídica é a mais apropriada para a proposta em apreço, a fim de assegurar um elevado nível de proteção da saúde da população face aos riscos do tabaco.

1.2 O Comité Económico e Social Europeu (CESE) concorda, em princípio, com esta base jurídica, atendendo aos objetivos da proposta, com os quais o CESE concorda plenamente e que visam antes de mais impedir que sobretudo os jovens comecem a fumar. Contudo, o CESE observa que por diversas ocasiões houve quem manifestasse dúvidas sobre esta base jurídica, como, por exemplo, a Comissão dos Assuntos Jurídicos do Parlamento Europeu, nomeadamente no que respeita a se o objetivo em causa poderá ser alcançado de forma suficiente pelos Estados-Membros.

1.3 O CESE subscreve plenamente a posição da Comissão Europeia no sentido de que o direito à saúde deve prevalecer sobre as considerações de ordem económica. Neste contexto, o CESE também é claramente favorável à promoção de planos e campanhas públicas de educação e sensibilização para as graves consequências do tabagismo para a saúde. No entanto, subsistem dúvidas sobre se as medidas propostas ajudarão ao abandono progressivo e necessário dos hábitos tabágicos. Por conseguinte, o Comité recomenda que a medida em análise seja completada, sublinhando-se claramente a importância que as estratégias de informação e de aconselhamento revestem nos estabelecimentos de ensino primário e secundário ao nível europeu, para que cada criança ou jovem possa ser correta, completa e regularmente informado das realidades do consumo de tabaco e dos seus

efeitos perniciosos, bem como sobre o efeito cancerígeno da exposição ao fumo do tabaco presente no ambiente³.

1.4 O CESE reconhece o risco de perda de um número considerável de postos de trabalho na UE em todos os setores da cadeia de valor, desde a agricultura à produção, embalagem e venda a retalho de tabaco e produtos afins. Exorta a que sejam envidados os esforços necessários para prevenir o impacto destes riscos no mercado de trabalho e recomenda vivamente o recurso a todo o tipo de medidas de transição e reestruturação disponíveis, com destaque para sistemas de formação dos trabalhadores a par da prestação de apoio científico, técnico e à inovação a empresas e explorações agrícolas que produzam novos tipos de produtos, a fim de manter o emprego. Importa notar que o cultivo do tabaco contribui para a criação de emprego nas zonas rurais. Os Estados-Membros mais duramente afetados por esta possível reestruturação devem utilizar eficazmente os fundos estruturais e de coesão, os fundos regionais e os fundos para investigação e inovação, em especial no atual contexto de crise económica.

1.5 Existe o risco de uma perda considerável de receitas fiscais, em virtude do aumento do comércio ilegal, da diminuição das vendas e da redução dos preços. Atualmente, os impostos cobrados sobre o tabaco na União Europeia ascendem a quase 100 mil milhões de euros.

1.6 Haverá um forte aumento do comércio ilegal (contrabando e falsificações) por parte das redes criminosas, que provocará uma diminuição das vendas legais de tabaco, reduzirá a receita fiscal proveniente da tributação dos produtos de tabaco, comprometerá a segurança dos consumidores devido à falta de controlos sanitários e de qualidade, e facilitará o acesso dos menores ao tabaco. Todos os anos, o comércio ilegal faz com que escapem ao fisco na União Europeia 10 000 milhões de euros⁴ de impostos (dados do OLAF). Atualmente, as vendas de tabaco de contrabando na UE representam 10%⁵ das vendas totais. O CESE só pode regozijar-se com a recente assinatura, no âmbito da Convenção-Quadro para o Controlo do Tabaco, de um protocolo destinado a eliminar o comércio ilícito de produtos do tabaco, em que se solicita às partes interessadas que apliquem medidas efetivas para eliminar a produção e o comércio ilícito de tabaco⁶.

1.7 Na sua redação atual, a proposta altera significativamente as condições de entrada no mercado, a concorrência e o indispensável funcionamento do comércio livre de um produto que, embora legal, está extremamente regulamentado. O CESE chama a atenção para as preocupações manifestadas a este propósito no âmbito de algumas avaliações de impacto realizadas a nível da UE e internacional. No entanto, apela a que se tenham também em consideração os progressos previstos tanto na redução dos custos da saúde como na melhoria da saúde pública, atendendo a que os cidadãos europeus têm direito a um elevado nível de proteção da sua saúde por parte da União Europeia, em conformidade com o disposto no artigo 35º da Carta dos Direitos Fundamentais.

1.8 A atribuição à Comissão de amplas competências para desenvolver posteriormente alguns aspetos essenciais da diretiva, através de atos delegados, constitui uma usurpação de competências soberanas dos Estados-Membros e viola o princípio da subsidiariedade. O

CESE considera inaceitável o recurso a atos delegados que não se insiram dentro do expressamente previsto pelo artigo 290º do TFUE. Além disso, 8 parlamentos nacionais (controle da subsidiariedade) emitiram 14 votos contra a proposta da Comissão por desrespeito do princípio da subsidiariedade⁷.

1.9 O CESE é favorável à redução dos riscos, instando, por conseguinte, a Comissão a adotar uma definição clara e um enquadramento jurídico adequado para os «produtos com um risco reduzido», que materialize de forma cientificamente inquestionável a redução do risco relativamente aos cigarros convencionais, em particular, os que contêm tabaco (e não nicotina química) e que, consequentemente, estão sujeitos ao disposto na diretiva.

2. Introdução

2.1 O CESE tem plena consciência dos riscos do tabagismo para a saúde pública. Como referido no ponto 1 da exposição de motivos da proposta de diretiva, o tabaco é a principal causa de morte prematura na UE, sendo responsável por quase 700 000 mortes por ano. Nesse sentido, a proposta insiste em objetivos louváveis e plenamente partilhados, como, por exemplo, prevenir a iniciação ao tabagismo, especialmente entre os jovens, tendo em conta que 70% dos fumadores começam a fumar antes dos 18 anos e 94% o fazem antes dos 25 anos, o que reforça a necessidade de se adotarem medidas direcionadas para as crianças e os jovens⁸.

2.2 Neste contexto, o CESE considera que a revisão da diretiva é absolutamente necessária e urgente. Essa revisão regista um atraso de alguns anos, apesar de a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia estipular que, na definição e execução de todas as políticas e ações da União, será assegurado um elevado nível de proteção da saúde humana. Não há dúvidas de que o direito à saúde se deve sobrepor a quaisquer considerações de carácter económico. Importa ter em conta, por outro lado, que nos países que adotaram legislação antitabaco muito restritiva, o consumo deste produto pouco variou. É o caso da Espanha, onde, de acordo com o relatório recentemente publicado pela Comissão Europeia sobre espaços sem fumo, apesar de ter sido aprovada legislação rigorosa neste domínio, o consumo de tabaco apenas baixou dois pontos percentuais nos últimos três anos⁹. Neste contexto, para além das medidas em apreço, o CESE é claramente favorável à promoção de planos e campanhas públicas de educação e sensibilização para as graves consequências do tabagismo para a saúde. O Comité considera que tais planos e campanhas reforçarão a eficácia a longo prazo das medidas propostas em termos de saúde pública, embora se mantenha o ceticismo quanto ao seu contributo real para o abandono progressivo e necessário dos hábitos tabágicos.

2.3 Contudo, o projeto de proposta de revisão da Diretiva relativa aos produtos do tabaco (2001/37/CE), apresentado pela Comissão Europeia em 19 de dezembro de 2012, pode ter graves consequências para o emprego, a economia e as receitas fiscais na União, violando outros objetivos fundamentais da União como o pleno emprego e o crescimento económico (artigo 3º do TUE), se não for adotada qualquer medida de acompanhamento. O setor do tabaco emprega quase 1,5 milhões de pessoas na União Europeia. Desses

empregos, 400 000 correspondem a agricultores que se dedicam ao cultivo de folha de tabaco e 956 000 a empregos que dependem da venda de tabaco a retalho¹⁰. Por outro lado, a tributação dos produtos de tabaco rende anualmente quase 100 000 milhões de euros de impostos, sendo um setor muito importante para as exportações e dos poucos que mantêm um saldo positivo tanto a nível europeu como em muitos Estados-Membros. Em 2010, as exportações totais de produtos de tabaco da União Europeia ascenderam a cerca de 55 000 toneladas. Os principais exportadores foram a Bulgária (13 200 toneladas), a Grécia (11 200) e a França (8 000). Por outro lado, o tabaco é um produto agrícola que proporciona 400 000 empregos na União, sobretudo em regiões deprimidas e sem alternativas. As estatísticas da UNITAB e do COPA mostram que 96 % das empresas agrícolas dedicadas ao cultivo de tabaco são explorações familiares com uma superfície média de cultivo entre 0,5 e 3 hectares¹¹.

3. Observações na generalidade

3.1 A proposta de diretiva sobre os produtos do tabaco apresentada pela Comissão Europeia centra-se em seis domínios de ação:

- rotulagem e embalagem
- ingredientes
- formatos
- rastreabilidade e elementos de segurança
- vendas à distância transfronteiriças
- produtos do tabaco sem combustão e alargamento da gama de produtos regulamentados.

Dos seis domínios em causa, três podem ter um impacto enorme no emprego e nas receitas fiscais dos Estados-Membros. No caso da rotulagem, da embalagem e dos ingredientes, a proposta impõe advertências sanitárias desproporcionadamente exigentes face às atualmente em vigor, limitando o formato, o sabor e o conteúdo dos produtos do tabaco. Assim, por exemplo, todos os maços de tabaco passarão a ter de incluir advertências sanitárias, com imagens e texto, cobrindo 75% da sua superfície. Isto para além das novas informações nas partes laterais (50% de cada lado), do selo fiscal obrigatório em certos Estados-Membros, da mensagem de proibição de venda a menores e do espaço reservado para as novas medidas que garantem o seguimento e a rastreabilidade dos produtos do tabaco, o que implicará, na prática, uma redução extrema do espaço disponível para a apresentação das marcas comerciais legitimamente registadas. Por outro lado, os maços de tabaco passarão a ter dimensões mínimas de altura e largura, o que implicará o desaparecimento de alguns tipos de maços. É o caso do modelo «*casket*», muito consumido em certos países, nomeadamente na Grécia. Desapareceria igualmente o modelo de maço de tabaco mais consumido em Portugal. Por outro lado, essa alteração das embalagens, que não se baseia em quaisquer dados científicos, pode comprometer o emprego no setor da indústria do acondicionamento e das embalagens, que assume grande importância em vários países europeus, nomeadamente na Alemanha, na Polónia, em França, no Reino Unido e na Áustria. Importa referir que as exigências mínimas em termos de altura e

de largura das embalagens de tabaco não foram tidas em conta na consulta pública ou na avaliação de impacto. Passa também a ser proibida a venda de cigarros com aromas característicos, sendo adotada uma nova definição de «cigarrilha», que contraria a legislação fiscal em vigor na União desde há pouco mais de um ano¹².

3.2 Consequentemente, se todos os maços de tabaco passarem a ter o mesmo formato e sabor, o preço passará a ser o único critério de diferenciação entre marcas, empobrecendo assim a cadeia de valor de todo o setor. Com o preço como único elemento de concorrência, assistir-se-á a uma queda dos preços que provocará, por um lado, uma diminuição das receitas dos operadores do setor e das receitas fiscais dos Estados e, por outro, a destruição de empregos no setor.

3.3 O facto de o preço passar a ser o único critério de diferenciação fará com que o tabaco de qualidade cultivado na União Europeia deixe de ser atrativo para as empresas com fábricas no território da União, já que o critério da qualidade deixará de ser pertinente para a compra de folha de tabaco. Contrariamente ao referido pela Comissão na avaliação de impacto, isto pode implicar sérios riscos para os postos de trabalho dependentes do cultivo de folha de tabaco. Todos os anos são colhidas na União Europeia 250 000 toneladas de folha de tabaco, sobretudo em Itália (89 000 toneladas), na Bulgária (41 056), em Espanha (38 400) e na Grécia (24 240). Este elo da cadeia de produção emprega 400 000 pessoas, nomeadamente 110 000 na Bulgária, 75 100 na Polónia e 59 300 em Itália¹³.

3.4 Outra consequência da uniformização dos formatos e dos sabores pode também ser o aumento do contrabando de tabaco. Se todos os produtos forem praticamente iguais, as máfias serão os principais beneficiários dessa situação, pois podem facilmente falsificar os formatos e sabores a que os consumidores estão habituados, satisfazendo a procura por vias não regulamentadas e sem pagar um euro de impostos ao fisco dos Estados-Membros. Além disso, estes produtos não são sujeitos a qualquer controlo de qualidade, pelo que a segurança dos consumidores pode ser seriamente ameaçada.

3.5 Segundo os últimos dados disponíveis, o comércio ilegal de produtos de tabaco causa anualmente uma perda de receitas fiscais na União da ordem dos 10 mil milhões de euros. Atualmente, as vendas de tabaco de contrabando na UE representam 10% do total¹⁴. Por conseguinte, o CESE congratula-se com a assinatura, em 12 de novembro de 2012, ao abrigo da Convenção-Quadro para o Controlo do Tabaco da Organização Mundial de Saúde, de um Protocolo relativo à Eliminação do Comércio Ilícito dos Produtos do Tabaco. Negociado pela Comissão Europeia em nome da União e dos seus Estados-Membros, insta as partes interessadas a adotar medidas eficazes para eliminar o fabrico e o comércio ilegais do tabaco¹⁵.

3.6 Para além da perda de receitas fiscais, o aumento do comércio ilegal causará uma diminuição das vendas de tabaco, que se repercutirá em toda a cadeia de valor e que poderá afetar particularmente os retalhistas de tabaco. Há quase um milhão de empregos na União Europeia que dependem, direta ou indiretamente, da venda de tabaco a retalho, tanto em pequenos estabelecimentos comerciais, quiosques ou lojas especializadas, como no caso de França, Itália, Espanha e, mais recentemente, da Hungria, através de redes de pontos de

revenda de tabaco e selos, reguladas e controladas pelos respetivos Estados. Só na Grécia, dependem da venda de tabaco a retalho 40 000 empregos¹⁶.

3.7 O CESE está ciente da ameaça que tal poderá representar para o emprego em todos os setores da cadeia de valor do fabrico, embalagem e venda a retalho de tabaco e produtos afins, bem como para as zonas agrícolas em que não foram desenvolvidas alternativas e que já não dispõem de subvenções da PAC. Cabe notar que a cultura do tabaco contribui para o emprego nas zonas rurais. O CESE insta a que se atribua a atenção necessária à minimização destes riscos para o mercado laboral e recomenda vivamente que se apliquem todas as medidas de transição e reestruturação existentes, em particular programas de formação para os trabalhadores e apoio científico, técnico e à inovação a empresas e explorações agrícolas que produzam novos tipos de produtos, a fim de preservar os empregos. Os fundos estruturais e de coesão, os fundos regionais e os fundos consagrados à investigação e à inovação devem ser utilizados eficazmente pelos Estados Membros mais afetados por esta eventual reestruturação, em particular no contexto atual de crise económica.

3.8 Em suma, o CESE reconhece que a proposta de diretiva pode conter riscos consideráveis. Solicita, contudo, que sejam ponderadas as melhorias que se espera alcançar no que respeita quer à redução das despesas com cuidados de saúde, quer ao aumento dos padrões de saúde, dado que os cidadãos europeus têm direito a exigir à União Europeia um elevado nível de proteção da saúde humana, em conformidade com o artigo 35º da Carta dos Direitos Fundamentais.

3.9 Por outro lado, a proposta de diretiva prevê 16 atos delegados que outorgam à Comissão Europeia competências para regular e decidir sobre elementos essenciais da mesma, o que é expressamente excluído pelo artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁷. Deste modo, o Conselho, o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais ficam praticamente sem margem de manobra quanto à regulamentação de aspetos fundamentais da diretiva.

4. Observações na especialidade

4.1 As medidas previstas na proposta de diretiva são muito restritivas, assentando em critérios tendentes a reduzir os «atrativos» do tabaco a fim de alcançar os objetivos sanitários perseguidos. Além disso, o CESE chama a atenção para a necessidade de se estabelecerem planos e campanhas educativas especialmente destinados aos jovens europeus. Neste contexto, não podemos deixar de referir que as próprias estimativas da Comissão Europeia quanto aos efeitos das medidas em causa em termos de saúde pública podem parecer muito pouco ambiciosas (2%). Contudo, esta progressividade evitará a ocorrência de danos económicos graves e, por conseguinte, potencialmente desproporcionados.

4.1.1 A inclusão de advertências sanitárias em 75% da superfície de ambas as faces dos maços de tabaco, juntamente com as novas menções informativas que cobrem 50% da superfície dos lados (artigo 9º) não se baseia em dados científicos incontestados. Embora um estudo efetuado por David Hammond¹⁸ defenda a eficácia deste tipo de advertências, outros estudos, como os realizados pela Universidade de Maastricht¹⁹ e pela *Food and Drug Ad-*

ministration (agência norte-americana de supervisão dos alimentos e dos medicamentos)²⁰, demonstram o contrário, ou seja, que as advertências sanitárias gráficas não são eficazes para reduzir o número de fumadores. Neste contexto, segundo um inquérito Eurobarómetro da própria Comissão Europeia²¹, nove em cada dez fumadores reconhecem que inclusão de advertências de grande dimensão não os induziram a deixar de fumar e sete em cada dez consideram que este tipo de medidas não contribui para reduzir o consumo entre os menores. Uma recente sentença de um tribunal federal de recurso dos Estados Unidos concluiu igualmente que não haveria elementos de prova suficientes relativamente à eficácia destas advertências sanitárias de grandes dimensões. A referida sentença considera que não existem «provas de que as referidas advertências tenham provocado diretamente uma diminuição substancial dos níveis de tabagismo em qualquer dos países que introduziram a sua obrigatoriedade», acrescentando que «os elementos de prova apresentados têm muito pouca consistência»²².

4.2 Este aumento desproporcionado da dimensão das advertências sanitárias irá ainda provocar:

- a expropriação unilateral dos legítimos direitos de propriedade intelectual e industrial dos fabricantes, impossibilitados de utilizar as respetivas marcas registadas. Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia²³, os fabricantes têm o direito de utilizar as respetivas marcas comerciais registadas e de continuar a distinguir os seus produtos;

- novas restrições da concorrência, num setor em que as empresas já têm muita dificuldade em diferenciar-se;

- a violação de direitos comerciais básicos inerentes a qualquer atividade comercial legal;

- obstáculos à introdução de novos produtos no mercado, e

- o fim da investigação e das possibilidades de melhoria da qualidade dos produtos oferecidos. A limitação arbitrária da introdução de produtos de nova geração, sem dar a possibilidade de estabelecer um quadro normativo claro que sirva para analisar a redução dos riscos destes produtos para a população, pode constituir também um travão à criação de riqueza e de postos de trabalho associados à inovação e investigação neste setor. Além disso, esses novos produtos, com riscos potencialmente menores, não deveriam ser sujeitos às mesmas restrições que os produtos convencionais.

4.3 O mesmo sucede com a limitação dos ingredientes para eliminar sabores ou aromas distintivos (artigo 6º), que também não se baseia em quaisquer dados científicos, como a redução da toxicidade ou da potencialidade de criar dependência desses mesmo ingredientes, mas sim num critério tão subjetivo como o de reduzir os atrativos do tabaco e em estereótipos subjetivos sobre o tipo de tabaco fumado por cada faixa etária ou por cada um dos sexos. A mesma subjetividade é demonstrada quando se proíbe arbitrariamente e sem qualquer argumentação que o justifique determinados formatos, como os cigarros finos («*slim*») (o que não fora incluído na consulta pública nem é abrangido pela avaliação de impacto), os cigarros curtos, todos os tipos de cigarros de mentol, fixando-se um peso mínimo para os pacotes de tabaco picado, harmonizando-se os formatos das latas de tabaco, ou mesmo, inventando uma nova categoria de «cigarilhas», em violação da Diretiva

2011/64/UE²⁴, em vigor desde 1 de janeiro de 2011. A proibição dos cigarros «*slim*» e de mentol, que são muito populares em alguns países europeus, obrigará os consumidores, que deixarão de lhes ter acesso, a recorrerem ao mercado de contrabando para os adquirir. Além disso, trata-se de produtos de tabaco que, na sua grande maioria, são consumidos por fumadores adultos, não se aplicando, pois, neste caso, o argumento de que se pretende prevenir o acesso dos menores ao consumo de tabaco. No caso concreto dos cigarros de mentol, por exemplo, importa referir que este tipo de tabaco é sobretudo consumido por pessoas de idade e que, além disso, alguns países com legislações muito desenvolvidas em matéria de luta contra o tabagismo e que preveem disposições muito concretas quanto à proibição de determinados ingredientes, nomeadamente os Estados Unidos e o Canadá, não proibiram os cigarros de mentol, o que leva o CESE a propor que essa proibição seja suprimida da proposta de diretiva.

4.3.1 Concluindo, o CESE subscreve plenamente a proposta da Comissão de proibir a introdução no mercado de novos produtos com sabor a pastilha elástica, *piña colada*, *mojito*, etc., os designados «cigarros com sabores», que se dirigem sobretudo aos consumidores mais jovens.

4.3.2 Uma limitação excessiva dos ingredientes poderia provocar uma harmonização dos sabores e, desse modo, impossibilitar a diferenciação dos concorrentes, limitando o investimento e o eventual lançamento de novos produtos, tudo em detrimento dos consumidores, que deixariam assim de ter possibilidade de escolha.

4.4 O CESE solicita à Comissão que adote uma definição clara e um enquadramento jurídico adequado para os «produtos com um risco reduzido» que materialize de forma cientificamente inquestionável a redução do risco relativamente aos cigarros convencionais. O conceito de «risco reduzido» aplica-se aos produtos que podem substituir os cigarros convencionais e que apresentam riscos muito menores para a saúde, e não aos produtos para deixar de fumar. Os produtos que contêm tabaco (e não nicotina química) e que, desse modo, estão sujeitos ao disposto na diretiva, devem ser objeto de uma definição e regulamentação claras, que permitam informar os consumidores sobre as suas características.

4.5 Por outro lado, a proposta de diretiva da Comissão Europeia contempla medidas destinadas a combater o comércio ilegal de tabaco. Concretamente, o artigo 14º prevê a criação de um sistema de rastreabilidade e a adoção de medidas de segurança para assegurar que só possam ser comercializados na UE produtos que satisfaçam as exigências da diretiva. Essas medidas criarão encargos económicos e administrativos desproporcionados, que muitas pequenas e médias empresas não podem suportar, e, longe de reduzirem o comércio ilegal, gerarão ainda mais encargos administrativos para os Estados-Membros, que devem efetuar o controlo da sua aplicação. Além disso, o sistema não ajudará a combater o contrabando e o comércio ilegal, os quais, pelo contrário, serão favorecidos pelas restantes medidas previstas na proposta. Neste sentido, o CESE considera que o teor do artigo 14º da proposta de diretiva deveria ser exatamente o mesmo que o das cláusulas sobre rastreabilidade previstas no protocolo para a eliminação do comércio ilícito de produtos do tabaco concluído no final do ano passado pela Conferência das Partes no âmbito da Organização Mundial de Saúde²⁵.

4.6 Por último, a diretiva permitirá ainda à Comissão Europeia regular e alterar, mediante a proliferação de atos delegados, certos aspetos fundamentais como os níveis de aditivos, o teor das advertências sanitárias, bem como a sua localização e dimensão. Neste sentido, os Estados-Membros ficam praticamente sem margem de manobra quanto à aplicação da diretiva, o que representa uma forma de intervencionismo extremo, raramente utilizado até à data na União Europeia e que viola os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, como já foi alegado pelos parlamentos nacionais de oito Estados-Membros²⁶ (Itália, República Checa, Grécia, Bulgária, Dinamarca, Portugal, Roménia e Suécia). No caso de Itália, o parlamento não se limitou a indicar que a proposta violava os referidos princípios, tendo destacado que alguns modelos de cigarros proibidos, como os cigarros *slim* ou com baixo teor de alcatrão, poderiam ser um instrumento útil no âmbito de uma política para a redução ou o abandono do hábito de consumo de tabaco²⁷.

4.6.1 Os artigos 8º, 9º e 11º da proposta de diretiva, por exemplo, permitem à Comissão Europeia, através de um ato delegado, alterar o teor, o grafismo, a apresentação, o formato e a localização das advertências sanitárias. O artigo 6º habilita ainda a Comissão, mediante um ato delegado, a decidir quanto aos conteúdos e aos níveis máximos dos aditivos.

4.6.2 No caso dos **charutos, das cigarrilhas e do tabaco para cachimbo**, a proposta de diretiva prevê, além disso, a possibilidade de se suprimirem automaticamente determinadas exceções consagradas no texto caso ocorra uma **«alteração substancial das circunstâncias»**, ou seja um aumento do volume de vendas de pelo menos 10 % em pelo menos dez Estados-Membros ou de 5 % nos fumadores com menos de 25 anos de idade. A Comissão não está ciente de que em dez dos atuais Estados-Membros o mercado destes produtos é extremamente pequeno, podendo verificar-se facilmente uma variação de 10 %, motivo pelo qual a medida em causa não faz qualquer sentido e gera uma enorme incerteza jurídica neste subsetor.

4.7 Embora a delegação de poderes, através de um ato delegado, esteja prevista no artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, é necessário que o ato delegado cumpra uma série de requisitos. Deste modo, só é possível adotar um ato delegado no que respeita a elementos não essenciais de um ato legislativo, o que não sucede com a proposta em apreço.

Bruxelas, 11 de julho de 2013.

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

Henri Malosse

N.B.: Anexos.

ANEXO **ao** **PARECER**

do Comité Económico e Social Europeu

As seguintes propostas de alteração, embora tendo sido rejeitadas, obtiveram pelo menos um quarto dos votos expressos:

Contraparecer

Substituir todo o texto do parecer como segue:

1. Conclusões

1.1 A base jurídica da proposta de diretiva da Comissão Europeia é o artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)²⁸. O objetivo da proposta é a aproximação das leis e de outras disposições jurídicas aplicáveis ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco, a fim de assegurar o correto funcionamento do mercado interno. O ponto 3.9.1 da exposição de motivos assinala que a escolha desta base jurídica foi confirmada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no que respeita à Diretiva 2001/37/CE²⁹ e que, como tal, a mesma base jurídica é apropriada para esta proposta. Assim, tanto a diretiva de 2001 como esta proposta de revisão procuram assegurar o funcionamento adequado do mercado interno com um elevado nível de proteção da saúde pública no que respeita aos riscos que o tabaco representa.

1.2 O Comité Económico e Social (CESE) considera que o objetivo de melhorar o funcionamento do mercado interno merece o seu apoio incondicional: representa também um incentivo adicional para os Estados-Membros envidarem os esforços necessários e desejáveis para proteger a saúde humana e permite que adotem medidas mais rigorosas do que as apresentadas na proposta.

1.3 O CESE, em consonância com muitos pareceres anteriores em matéria de saúde e domínios relacionados, subscreve plenamente a posição da Comissão Europeia de que o direito à saúde deve prevalecer sobre todas as considerações de ordem económica. O CESE é, pois, claramente favorável à promoção de planos e campanhas públicas de educação e sensibilização para as graves consequências do tabagismo para a saúde. Estes planos e campanhas devem desenvolver-se paralelamente às várias medidas propostas para reduzir os incentivos a que os jovens comecem a fumar e para ajudar os dependentes da nicotina a deixar de o fazer. O Comité recomenda que se desenvolva este aspeto, sublinhando a importância de que se revestem as estratégias de informação e de aconselhamento nos estabelecimentos de ensino ao nível europeu, para que cada criança ou jovem possa receber informação correta, completa e regular sobre as realidades do tabagismo e os seus efeitos nocivos, sobre a dependência e outros problemas de saúde associados ao consumo de nicotina e sobre o efeito cancerígeno da exposição ao fumo do tabaco presente no ambiente³⁰.

1.4 O CESE também reconhece que determinados postos de trabalho poderão estar em risco nas zonas agrícolas onde não tenham sido desenvolvidas formas de emprego alternativas e onde já não estejam disponíveis subsídios da PAC relacionados com a produção de tabaco. Nestes casos deve ser urgentemente disponibilizada ajuda transitória, em conjunto com apoio científico e técnico para desenvolver culturas alternativas, igualmente rentáveis, mais sustentáveis, mais aceitáveis socialmente e menos nocivas, assegurando, sempre que possível, emprego de melhor qualidade. O mesmo se aplica a quaisquer outros postos de trabalho em risco na cadeia de abastecimento como consequência direta desta proposta; o apoio público a emprego de melhor qualidade é totalmente justificado e deveria ser encorajado se tal for do interesse da saúde pública.

1.5 Contudo, deve ter-se em conta em todos os casos o principal benefício: evitar as mortes e doenças relacionadas com o tabaco de gestores, trabalhadores e consumidores que já fumam e de potenciais fumadores de todas as idades e origens sociais que, de agora em diante, se estas medidas forem adotadas, estarão sob menos pressão comercial direta para começar a fumar. De acordo com a avaliação de impacto da Comissão verificar-se-á um benefício líquido para a economia da UE de cerca de 4 milhões de euros, alcançar-se-á uma poupança de cerca de 506 milhões de euros nos custos dos sistemas de saúde e serão salvos 16,8 milhões de anos de vida³¹. Através de medidas adequadas, serão criados novos postos de trabalho reafetando fundos da UE e utilizando melhor as receitas fiscais a nível nacional.

1.6 O CESE assinala que atualmente os impostos cobrados sobre o tabaco na União Europeia ascendem a quase 100 mil milhões de euros. A tributação dos produtos do tabaco é a forma mais eficaz e económica de reduzir o consumo do tabaco, em particular junto dos jovens e dos cidadãos com poucos rendimentos (que são os membros mais vulneráveis da nossa sociedade)³². Segundo diferentes estudos, o preço dos produtos do tabaco é a terceira razão invocada com mais frequência pelos fumadores para deixarem de fumar³³. O dinheiro economizado, consagrado anteriormente à aquisição de produtos do tabaco, será utilizado para adquirir outros bens que também são tributados. Importa notar ainda que os impostos cobrados atualmente pagam os cuidados de saúde prestados a indivíduos que começaram a fumar há 50 anos; aqueles que começam a fumar agora necessitarão dos mesmos cuidados daqui a 50 anos. A experiência atual indica que os governos dos Estados-Membros estão plenamente conscientes desta situação e têm conseguido continuar a aumentar os impostos, apesar da diminuição do consumo e das vendas de tabaco em toda a Europa. A proposta em análise não deveria alterar esta situação.

1.7 De forma a evitar um maior aumento do comércio ilegal (contrabando, falsificação, pirataria e produção ilegal) por parte de redes criminosas, o qual representa a maior ameaça ao emprego e às receitas fiscais na UE, o CESE solicita que sejam tomadas todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação célere e eficaz de legislação relevante em todos os Estados-Membros. Deveriam ser apresentadas mais propostas, com o acordo da indústria tabaqueira, de medidas suscetíveis de limitar a contrafação e o contrabando e tornar a identificação mais fácil, por exemplo, através da incorporação de cunhagens de identificação ou etiquetagem eletrónica nas embalagens, que sejam difíceis de reproduzir. O CESE

reconhece que é relativamente fácil, com a tecnologia atual, falsificar quase todos os tipos de mercadoria ou embalagem. Dedicar um espaço adicional a advertências sanitárias adequadas dificilmente terá um impacto significativo.

1.8 Para além da atribuição à Comissão de amplas competências para posteriormente desenvolver alguns aspetos essenciais da diretiva através de atos delegados, importa que o processo decisório seja realizado de uma forma transparente e compatível com os interesses dos Estados-Membros. O CESE sublinha que os atos vinculativos devem respeitar o artigo 290.º do TFUE.

1.9 O CESE é claramente favorável ao conceito de redução do risco e, conseqüentemente, solicita à Comissão que adote uma definição clara e um enquadramento jurídico adequado para os «produtos com um risco reduzido». Esta observação é especialmente relevante para os produtos que contêm tabaco, mas com uma quantidade reduzida de nicotina, ou que contêm nicotina mas não tabaco, e que estão sujeitos ao disposto na diretiva. O CESE reconhece que algumas destas medidas podem representar um avanço, sob uma monitorização atenta que deverá ainda ser desenvolvida, para reduzir os efeitos negativos a longo prazo do consumo de tabaco como consequência da dependência de nicotina.

2. Introdução

2.1 O CESE tem plena consciência dos riscos de todas as formas de tabagismo para a saúde pública. O tabaco é a principal causa de morte prematura na UE, sendo responsável por quase 700 000 mortes por ano. Consequentemente, a proposta centra-se em prevenir a iniciação ao tabagismo, especialmente entre os jovens e outros grupos vulneráveis. A proposta destaca que 70% dos fumadores começam a fumar antes dos 18 anos e 94% antes dos 25, o que reforça a necessidade de adotar medidas direcionadas para as crianças e os jovens³⁴.

2.2 Neste contexto, o CESE considera que a revisão da diretiva é absolutamente necessária e urgente. Nota que, em alguns países, o nível de consumo de tabaco se mantém persistentemente alto, mesmo em países que adotaram legislação antitabaco muito restritiva. É também óbvio que os controlos existentes conduziram a reduções significativas na maioria dos Estados-Membros. Em Espanha verificou-se uma redução de 2% num curto espaço de tempo. A proposta atual tem por objetivo reproduzir reduções semelhantes em toda a Europa. O CESE é também muito favorável à promoção de planos e campanhas públicas de educação e sensibilização para as graves consequências do tabagismo para a saúde.

2.3 O CESE observa que a proposta suscitou preocupações quanto ao emprego, aos impostos e à economia no seu conjunto na União Europeia. A indústria tabaqueira comunicou que emprega quase 1,5 milhões de pessoas na União Europeia, 400 000 das quais dedicadas ao cultivo da folha de tabaco. Os dados apresentados pela Comissão, e não só, sugerem que esses números incluem os trabalhadores sazonais, temporários ou a tempo parcial envolvidos na cadeia de aprovisionamento de produtos de tabaco. Pensa-se que o número de pessoas empregadas direta e exclusivamente no cultivo do tabaco, por exemplo, é inferior a 100 000. A produção destes agricultores é responsável por cerca de um quarto do tabaco utilizado para a produção e venda na UE, sendo o restante importado, principalmente dos EUA.

Outros trabalhos de embalagem, comercialização, vendas, serviços jurídicos, investigação e distribuição não deverão ser afetados. Consequentemente, não há motivos claros para crer que as alterações propostas à embalagem dos produtos acabados terão um grande impacto nos atuais níveis de emprego. É ainda menos claro como é possível descrever as medidas propostas como «não comprovadas e com pouca probabilidade de êxito» e «potencialmente catastróficas» para a indústria tabaqueira. O CESE é de opinião que acontecerá o oposto em ambos os casos, ou seja, estas medidas terão um efeito útil, valioso e proporcional para a saúde humana e meramente um pequeno impacto no crescimento global e na rentabilidade da indústria. Com efeito, quaisquer perdas de novas vendas a jovens deverão ser mais do que compensadas pela redução da venda ilegal, que se verifica em muito maior escala e que não beneficia ninguém exceto os grupos criminosos envolvidos.

2.4 O cultivo do tabaco na UE assegura, contudo, postos de trabalho, especialmente em zonas desfavorecidas onde, até agora, foram desenvolvidas poucas alternativas. Agora que os subsídios da PAC para a produção de folhas de tabaco já não estão disponíveis, são urgentes auxílios transitórios técnicos e financeiros, para apoiar a transição para fontes de rendimento menos prejudiciais e mais sustentáveis a longo prazo. O mesmo se aplica a outros empregos na cadeia de abastecimento; se o posto de trabalho é eliminado no interesse dos cidadãos, então o apoio público é claramente justificado.

2.5 Anualmente, são cobrados cerca de 100 mil milhões de euros de impostos sobre produtos do tabaco. O CESE nota que, ainda que esse valor ajude a compensar os custos dos serviços de saúde para os indivíduos que começaram a fumar há 50 anos ou mais, será necessário o mesmo nível de impostos daqui a 50 anos para assistir os indivíduos que começam a comprar e consumir produtos de tabaco atualmente. Assim, o aumento dos impostos será essencial para contrabalançar a redução das vendas. Até ao momento, os dados sugerem que os governos dos Estados-Membros têm conhecimento desta situação e que podem manter com sucesso ou até mesmo aumentar o seu nível de receitas fiscais, apesar do declínio das vendas nos últimos anos. No Reino Unido, por exemplo, segundo um relatório recentemente publicado do *All Party Parliamentary Group on Smoking and Health* [comissão parlamentar multipartidária para o tabagismo e a saúde] (2013)³⁵, perante um aumento constante dos preços entre 1992 e 2011 e um imposto igual ou superior a 75% sobre o preço geral de venda ao público, as vendas de cigarros decaíram 51%, enquanto as receitas fiscais do governo aumentaram 44%. O tabagismo nos adultos baixou de 27% para 20% ao longo de um período semelhante.

2.6 Ainda que a grande parte dos produtos do tabaco produzidos na UE seja consumida na União, é exportada uma determinada quantidade. Os dados da indústria indicam que, em 2010, as exportações de produtos de tabaco ascenderam a cerca de 55 000 toneladas, maioritariamente para países em África e na Ásia onde a atual esperança de vida é, infelizmente, demasiado baixa para que qualquer impacto negativo específico na saúde seja visível. Oportunamente, e à medida que outros problemas forem resolvidos e a esperança de vida aumentar como se pretende, o impacto da dependência de nicotina e do consumo de tabaco, bem como outras doenças exportadas, tornar-se-á mais evidente.

2.7 O CESE sublinha em especial que, contrastando com o mencionado *supra*, nos países mais desenvolvidos da UE, à medida que a esperança de vida e a vida profissional ativa continuarem a aumentar, as consequências do tabagismo tornar-se-ão cada vez mais evidentes no local de trabalho e para a sociedade no seu conjunto, e, como tal, representarão um problema e uma responsabilidade cada vez maiores e mais visíveis para os empregadores e as organizações de empregadores e trabalhadores. Na atual recessão, as mortes prematuras (e evitáveis) de trabalhadores assalariados e a perda dos seus rendimentos ou pensões aumentarão os problemas das famílias que já lutam pela sobrevivência económica.

2.8 O CESE nota que embora o período de indução para cancro relacionados com o tabagismo permaneça constante, a esperança de vida geral para não fumadores continua a aumentar. A diminuição da esperança de vida devido ao tabagismo está, desta forma, a elevar-se de entre dois e três anos no início do século XX para entre vinte e trinta anos para quem começa a fumar tabaco hoje ou durante o período de tempo abrangido por esta proposta.

3. Observações na generalidade

3.1 A proposta da Comissão Europeia de uma diretiva relativa a produtos do tabaco centra-se numa série de medidas que visam assegurar o funcionamento adequado do mercado interno, incluindo ações para reduzir o comércio ilegal, e alcançar um elevado nível de proteção da saúde pública no que respeita aos riscos que o tabaco representa. Essas medidas dizem respeito aos seguintes aspetos:

- rotulagem e embalagem;
- ingredientes;
- rastreabilidade e elementos de segurança;
- vendas à distância transfronteiriças;
- produtos do tabaco sem combustão e alargamento da gama de produtos regulamentados.

3.2 No que respeita à rotulagem, embalagem e ingredientes, a proposta exige advertências sanitárias acrescidas relativas aos graves riscos que o consumo de tabaco acarreta para a saúde.

3.3 A proposta permite que os produtores mantenham os aromatizantes essenciais para as suas marcas atuais mas limita a utilização de novos aditivos não relacionados com tabaco destinados a aumentar o mercado, em especial entre os jovens. Assim, por exemplo, todos os maços de tabaco passarão a ter de incluir advertências sanitárias, com imagens e texto, cobrindo 75% da sua superfície, para além de novas informações nas partes laterais (50% de cada lado), do selo fiscal obrigatório em certos Estados-Membros, da mensagem de proibição de venda a menores e do espaço reservado para as novas medidas que garantem o seguimento e a rastreabilidade dos produtos do tabaco, o que implicará uma redução extrema do espaço disponível para a apresentação das marcas comerciais legitimamente registadas e outras imagens de *marketing*. Os Estados-Membros podem introduzir embalagens totalmente neutras se assim o desejarem, mas tal não é necessário nos termos da proposta em apreço. Além disso, os maços de tabaco passarão a ter dimensões mínimas de altura e largura, o que implicará o desaparecimento de alguns

tipos de maços, em particular os que são concebidos para atrair os jovens. Em 2009, foram introduzidas regulamentações semelhantes nos EUA para reduzir a atratividade para crianças e jovens. O CESE apoia todas estas medidas.

3.4 Para tal, será necessário alterar o desenho das embalagens, mas dificilmente se entende por que motivo isto teria um impacto significativo no emprego no setor das embalagens em países como a Alemanha, a Polónia, a França, a República Checa e a Áustria. Estima-se que as vendas de base dos produtos do tabaco acabados sob todas as formas se mantenham nos níveis atuais, já que se trata de um mercado verdadeiramente cativo de cerca de 150 milhões de consumidores viciados em nicotina já existentes em toda a UE. Contudo, há que salientar os potenciais ganhos consideráveis para a saúde pública – tanto em termos económicos como, sobretudo, em termos da redução do sofrimento humano –, bem como o facto de os ex-fumadores gastarem dinheiro noutro tipo de produtos, criando assim oportunidades para novos empregos. Os encargos anuais associados ao consumo de tabaco na UE estão estimados em 517 mil milhões de euros³⁶. A nível dos Estados-Membros, os custos globais estimam-se em cerca de 4,6% do PIB da UE³⁷. Neste momento, a UE perde 25,3 mil milhões de euros em cuidados de saúde para tratar doenças associadas ao consumo do tabaco e 8,3 mil milhões de euros em perdas de produtividade³⁸. Isto é praticamente equivalente às receitas da indústria tabaqueira ao longo da cadeia de abastecimento (excluindo impostos), que perfazem um montante de 35 mil milhões de euros.

3.5 O CESE observa que os custos imputados diretamente a doenças resultantes do consumo de nicotina e produtos afins do tabaco são as melhores estimativas disponíveis atualmente dos custos reais para os Estados-Membros e são consideravelmente mais baixos do que o conceito teórico do «valor de uma vida humana» (1 milhão de euros por cada vida perdida ou encurtada), que a Comissão utilizou em anteriores avaliações de impacto para justificar legislação e equilibrar os custos previstos para as empresas e outras entidades. Se este número muito mais elevado fosse integrado nos presentes cálculos, concluir-se-ia que o benefício económico decorrente da adoção da proposta é de 700 mil milhões de euros, o que representa incentivos superiores a todas as outras considerações.

3.6 Importa assinalar também que o tabagismo e os hábitos relacionados não trazem quaisquer vantagens sociais ou económicas para os seus utilizadores e limitam-se a alimentar o seu vício de nicotina. Devido a esse vício, deixar de fumar é, de facto, um processo difícil e lento. Infelizmente, a consciencialização de que quase metade de todos os utilizadores (consumidores, cidadãos e pessoas vulneráveis) acabará por morrer prematuramente como resultado deste hábito não é suficiente, por si só, para superar a dependência. Por isso, é necessário reduzir todos os incentivos à iniciação ao tabagismo.

3.7 Embora as medidas aqui introduzidas não se destinem a ter e, de facto, provavelmente, não terão um impacto no comportamento dos fumadores adultos que existem atualmente, crê-se, segundo as experiências recolhidas em todo o mundo, que deverão contribuir para reduzir os incentivos que levam os jovens a começar a fumar. Acima de tudo, a redução do número de fumadores diminuirá significativamente os custos dos serviços de saúde e, a longo prazo, salvará muitas vidas e reduzirá o sofrimento humano.

3.8 O CESE assinala que esta proposta não chega a introduzir embalagens totalmente normalizadas, com cores e tipos de letra normalizados, como acontece na Austrália. As marcas individuais manter-se-ão e serão distinguidas através dos nomes dos fabricantes e dos aromatizantes específicos. Os requisitos de qualidade do produto continuarão a ser relevantes, uma vez que os consumidores continuarão a ser informados sobre o fabricante do produto que adquirem.

3.9 Não existem muitas provas concretas de que estas alterações às regras das embalagens conduzam a um aumento da contrafação ou do contrabando de tabaco. Pelo contrário, o consumo de tabaco ilícito pelos fumadores está intimamente relacionado com o preço e a disponibilidade³⁹. Segundo os últimos dados do setor, o comércio ilegal de produtos de tabaco causa anualmente uma perda de receitas fiscais na União da ordem dos 10 mil milhões de euros. Atualmente, as vendas de tabaco de contrabando na UE representam 10% do total⁴⁰. A mercadoria de fora da UE, sobretudo da Rússia e da China, está facilmente disponível. A procura é grande nos países que sofrem restrições económicas e/ou onde se cobram impostos elevados sobre os produtos do tabaco. As vendas ilegais põem em risco o emprego na UE, reduzem as receitas fiscais dos governos e diminuem a rentabilidade das vendas legais. Consequentemente, há que envidar todos os esforços possíveis para limitar o contrabando de tabaco, melhorando a segurança, implantando medidas de vigilância e de prevenção e sujeitando os produtos do tabaco a controlos de qualidade mais rigorosos, para citar apenas alguns exemplos. Deve ponderar-se a utilização de cunhagens de identificação ou etiquetagem eletrónica, a par de outras medidas já acordadas com a indústria tabaqueira.

3.10 Independentemente dos custos decorrentes da implementação destas propostas, importa não esquecer que os potenciais benefícios mundiais de uma melhor saúde pública em consequência da redução do consumo de tabaco são muito superiores. Estudos comprovaram que os governos e empregadores que tomaram medidas para proibir o fumo no local de trabalho detetaram efeitos positivos imediatos (maior produtividade, menor absentismo, despesas mais reduzidas de manutenção das instalações e menores custos com cuidados de saúde e seguros de saúde)⁴¹.

3.11 A proposta prevê igualmente 16 atos delegados que outorgam à Comissão Europeia competências para regular e decidir sobre elementos específicos da diretiva, nos termos do artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁴².

4. Observações na especialidade

4.1 A diretiva deve continuar a centrar-se em realizar os objetivos propostos, tanto no que diz respeito ao mercado interno como em matéria de saúde pública, fixando medidas tanto a longo prazo como a curto prazo. Neste contexto, não podemos deixar de referir que as estimativas da própria Comissão Europeia quanto aos efeitos das medidas em causa em termos de saúde pública dizem respeito a uma redução de 2% do número de fumadores existentes ou prováveis. A diretiva tenciona sobretudo restringir o aumento dos atuais níveis de consumo, e não reduzi-los. Embora esta percentagem possa parecer baixa, há um claro impacto positivo em diversos aspetos.

4.2 As pessoas na idade ativa que deixam de fumar (bem como potenciais fumadores que não começam) vivem mais tempo e, por conseguinte, têm uma vida profissional ativa mais longa. Estima-se que, atualmente, os fumadores morrem 14 anos mais cedo do que as pessoas que nunca fumaram, devido a doenças relacionadas com o tabagismo ou complicações associadas. À medida que aumenta a esperança de vida, especialmente para os não fumadores, aumenta também essa diferença. Uma redução de 2% no consumo de tabaco equivale a 2,4 milhões de fumadores deixarem de fumar e a 16,8 milhões de anos de vida ganhos. Isto representaria um ganho para a sociedade de 10,3 mil milhões de euros anuais e reduziria as despesas com cuidados de saúde em 506 milhões de euros por ano. Os benefícios resultantes do aumento da produtividade, em consequência da diminuição da taxa de absentismo, reformas antecipadas e ocorrências semelhantes, seriam de 165 milhões de euros por ano⁴³.

4.3 A inclusão de advertências sanitárias em 75% da superfície de ambas as faces dos maços de tabaco, juntamente com as novas menções informativas que cobrem 50% da superfície dos lados (artigo 9º) fazem parte de um pacote de medidas que contribuem para reduzir o número global de fumadores. As embalagens de tabaco devem ser concebidas de forma que as informações apresentadas sobre o conteúdo do produto não sejam enganosas. Como tal, devem incluir uma indicação clara dos riscos para a saúde, incluindo a morte prematura. As advertências devem estar expostas nos pontos de venda. A publicidade nos pontos de venda deve, evidentemente, ser proibida.

4.4 A limitação dos ingredientes para eliminar sabores ou aromas distintivos (artigo 6º) e a apresentação visual dos maços são particularmente importantes. Tornar o tabaco menos atrativo, que constitui um dos critérios objetivos, é particularmente relevante para algumas faixas etárias e também especificamente para jovens e adolescentes do sexo feminino, que formam hoje um dos mercados em mais rápido crescimento na UE, estando assim sujeitas a uma maior pressão publicitária para começar a fumar.

4.5 Assim, o CESE subscreve plenamente a proposta da Comissão de proibir a introdução no mercado de novos produtos com sabor a pastilha elástica, piña colada, mojito, etc., os designados «cigarros com sabores», que se dirigem especificamente aos potenciais consumidores mais jovens e principalmente do sexo feminino. As embalagens «*slim*» também se destinam especificamente às jovens do sexo feminino, numa tentativa de associar a forma corporal, o peso e o *glamour* a um hábito que acabará por provocar a morte prematura a metade delas. Visto que os perigos inevitáveis a longo prazo do consumo do tabaco com nicotina são atualmente conhecidos e reconhecidos por todas as partes, o CESE não consegue imaginar como podem estas estratégias de *marketing* ter sido desenvolvidas, quanto mais postas em prática, por fabricantes responsáveis.

4.6 O CESE solicita à Comissão que adote uma definição clara e um enquadramento jurídico adequado para os «produtos com um risco reduzido», que materialize de forma cientificamente inquestionável a redução do risco relativamente aos cigarros convencionais. O conceito de «risco reduzido» aplica-se aos produtos que podem substituir os cigarros convencionais e que apresentam riscos muito menores para a saúde, e não aos produtos para deixar de fumar. Os produtos que contêm tabaco com menos nicotina ou, melhor ainda,

que contêm nicotina sem tabaco (cigarros eletrônicos) e que estão sujeitos ao disposto na diretiva devem ser objeto de uma definição e regulamentação claras, que permitam informar os consumidores sobre os seus riscos ou benefícios a longo prazo em comparação com os produtos de tabaco convencionais.

4.7 A proposta da Comissão Europeia contempla também medidas destinadas a combater o comércio ilegal de tabaco. Concretamente, o artigo 14º prevê a criação de um sistema de rastreabilidade e a adoção de medidas de segurança para assegurar que só possam ser comercializados na UE produtos que satisfaçam as exigências da diretiva. Essas medidas criarão encargos económicos e administrativos que as pequenas e médias empresas poderão ter dificuldade em suportar (ao contrário das grandes 4 ou 5 multinacionais que dominam o comércio mundial de tabaco e produtos afins), e gerarão ainda mais encargos administrativos para os Estados-Membros, que devem efetuar o controlo da sua aplicação. Espera-se que o sistema ajude a combater o contrabando e o comércio ilegal. Neste sentido, o CESE considera que o teor do artigo 14º da proposta deveria ser exatamente o mesmo que o das cláusulas sobre rastreabilidade previstas no protocolo para a eliminação do comércio ilícito de produtos do tabaco, concluído no final do ano passado pela Conferência das Partes no âmbito da Organização Mundial de Saúde⁴⁴.

4.8 No caso dos charutos, das cigarrilhas e do tabaco para cachimbo, a proposta reserva-se o poder de suprimir automaticamente determinadas exceções consagradas no texto, caso ocorra uma «alteração substancial das circunstâncias», ou seja, um aumento do volume de vendas de, no mínimo, 10% em pelo menos dez Estados-Membros ou de 5% nos fumadores com menos de 25 anos de idade. Contudo, em 10 dos atuais 27 Estados-Membros, o mercado destes produtos é extremamente pequeno, podendo verificar-se facilmente uma variação de 10%, sem repercussões significativas para o emprego ou as receitas fiscais.

4.9 O CESE faz notar que o artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia prevê a delegação de poderes através de um ato delegado que cumpra uma série de requisitos. Deste modo, só é possível adotar um ato delegado no que respeita a elementos não essenciais de um ato legislativo.

Resultado da votação

A favor: 89

Contra: 162

Abstenções: 17

Ponto 1.4 (novo)

Aditar.

«Salientando a importância do bom estado de saúde da população e dos benefícios que daí advêm em diferentes domínios, o CESE propõe aos Estados-Membros que promovam o alargamento dos espaços sem fumo (smoke-free environments), nos quais os cidadãos possam obter apoio tanto moral como médico e destinados em particular aos jovens, aos estabelecimentos de ensino, às empresas, etc. Da mesma forma, seria necessário fomentar a elaboração e a atualização de diferentes métodos de apoio e de diversas redes de cooperação inovadoras e educativas.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 1.5

Alterar.

«Existe o risco de uma perda considerável de receitas fiscais, em virtude do aumento do comércio ilegal, da diminuição das vendas e da redução dos preços. Atualmente, os impostos cobrados sobre o tabaco na União Europeia ascendem a quase 100 mil milhões de euros. A aplicação de impostos sobre o tabaco representa o tipo de intervenção mais eficaz e mais económica para reduzir o consumo do tabaco, em particular junto dos jovens e das categorias de cidadãos com poucos rendimentos⁴⁵. Segundo diferentes estudos, o preço dos produtos do tabaco é a terceira razão invocada com mais frequência pelos fumadores para deixarem de fumar⁴⁶. Importa também assinalar que o dinheiro economizado, consagrado anteriormente à aquisição de produtos do tabaco, será utilizado para adquirir outros bens que também são tributados.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 1.8

Alterar.

«Para além das competências alargadas conferidas A atribuição à Comissão de amplas competências para desenvolver posteriormente alguns aspetos essenciais da diretiva, através de atos delegados, importa que as decisões sejam tomadas de modo transparente e respeitando os interesses viola o princípio da subsidiariedade e constitui uma usurpação de competências soberanas dos Estados-Membros. O CESE salienta que uma ação vinculativa deve estar em conformidade com o considera inaceitável o recurso a atos delegados que não se insiram dentro do expressamente previsto pelo artigo 290º do TFUE. Além disso, 8 parlamentos nacionais (controlo da subsidiariedade) emitiram 14 votos contra a proposta da Comissão por desrespeito do princípio da subsidiariedade⁴⁷.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 1.9

Alterar.

«O CESE é favorável à redução dos riscos, instando, por conseguinte, a Comissão a adotar uma definição clara e um enquadramento jurídico adequado para os «produtos com um risco reduzido», que materialize de forma cientificamente inquestionável a redução do risco

relativamente aos cigarros convencionais, esta observação deve aplicar-se, em particular, aos produtos que contêm tabaco (e não nicotina química) e que, consequentemente, estão sujeitos ao disposto na diretiva.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 3.1

Alterar.

«(...) Dos seis domínios em causa, três podem ter um impacto enorme no emprego e nas receitas fiscais dos Estados-Membros. No caso da rotulagem, da embalagem e dos ingredientes, a proposta impõe advertências sanitárias desproporcionadamente exigentes face às atualmente em vigor ainda mais visíveis, limitando o formato, o sabor e o conteúdo dos produtos do tabaco. Assim, por exemplo, todos os maços de tabaco passarão a ter de incluir advertências sanitárias, com imagens e texto, cobrindo 75% da sua superfície. Isto para além das novas informações nas partes laterais (50% de cada lado), do selo fiscal obrigatório em certos Estados-Membros, da mensagem de proibição de venda a menores e do espaço reservado para as novas medidas que garantem o seguimento e a rastreabilidade dos produtos do tabaco, o que implicará, na prática, uma redução extrema do espaço disponível para a apresentação das marcas comerciais legitimamente registadas. Por outro lado, os maços de tabaco passarão a ter dimensões mínimas de altura e largura, o que implicará o desaparecimento de alguns tipos de maços. É o caso do modelo «casket», muito consumido em certos países, nomeadamente na Grécia. Desapareceria igualmente o modelo de maço de tabaco mais consumido em Portugal. Por outro lado, essa alteração das embalagens, que não se baseia em quaisquer dados científicos, pode comprometer o emprego no setor da indústria do acondicionamento e das embalagens, que assume grande importância em vários países europeus, nomeadamente na Alemanha, na Polónia, em França, no Reino Unido e na Áustria. Importa referir que as exigências mínimas em termos de altura e de largura das embalagens de tabaco não foram tidas em conta na consulta pública ou na avaliação de impacto. Passa também a ser proibida a venda de cigarros com aromas característicos, sendo adotada uma nova definição de «cigarrilha», que contraria a legislação fiscal em vigor na União desde há pouco mais de um ano⁴⁸. A nova apresentação gráfica dos maços de tabaco bem como os requisitos mínimos para o comprimento e a largura terão resultados positivos, nomeadamente por não criarem tentações junto do grupo de risco que são as crianças e os jovens. Estudos comprovam, sem sombra de dúvida, que a embalagem é um instrumento de comercialização para vender a mercadoria. Atualmente, a embalagem dos produtos do tabaco é muitas vezes elaborada de forma estratégica, a fim de chamar a atenção de um público específico. A título de exemplo, estudos mostram que na Letónia as mulheres escolhem produtos com uma embalagem de cor clara, pois pensam que o seu teor de alcatrão é mais reduzido, sendo portanto menos nocivos para a saúde. Além disso, o público das crianças considera que uma embalagem colorida significa que o produto não tem um impacto negativo na saúde⁴⁹. Por conseguinte, uma embalagem uniforme, de preferência com um aspeto

simples, não enganará os consumidores sobre os efeitos reais do produto. Pelo contrário, há estudos que indicam que uma embalagem simples provoca sensações de tédio, mau cheiro, nojo, velho, etc.⁵⁰»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 3.2

Alterar.

«Consequentemente, se todos os maços de tabaco passarem a ter o mesmo formato e sabor, o preço passará a ser o único critério de diferenciação entre marcas, empobrecendo assim a cadeia de valor de todo o setor. Com o preço como único elemento de concorrência, assistir-se-á a uma queda dos preços, podendo, porém, os Estados-Membros aplicar impostos especiais de consumo mais elevados e gerar, assim, receitas, que provocarão, por um lado, uma diminuição das receitas dos operadores do setor e das receitas fiscais dos Estados e, por outro, a destruição de empregos no setor.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 3.3 (novo)

Aditar.

«Mesmo que as embalagens dos produtos de tabaco sejam homogeneizadas, reduzindo assim os sinais distintivos dos diferentes fabricantes, as embalagens guardarão um espaço delimitado e normalizado destinado ao nome da empresa e do produto, cuja dimensão, cor e caracteres impressos serão uniformizados. O critério da qualidade do produto conservará a sua atualidade, na medida em que o consumidor continuará a ser informado sobre o fabricante do produto por si adquirido.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 3.3

Suprimir.

«O facto de o preço passar a ser o único critério de diferenciação fará com que o tabaco de qualidade cultivado na União Europeia deixe de ser atrativo para as empresas com fábricas no território da União, já que o critério da qualidade deixará de ser pertinente para a compra de folha de tabaco. Contrariamente ao referido pela Comissão na avaliação de impacto, isto pode implicar sérios riscos para os postos de trabalho dependentes do cultivo de folha de tabaco. Todos os anos são colhidas na União Europeia 250 000 toneladas de folha de tabaco, sobretudo em Itália

(89 000 toneladas), na Bulgária (41 056), em Espanha (38 400) e na Grécia (24 240). Este elo da cadeia de produção emprega 400 000 pessoas, nomeadamente 110 000 na Bulgária, 75 100 na Polónia e 59 300 em Itália⁵¹.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 3.7

Alterar.

«Por outro lado, a proposta de diretiva prevê 16 atos delegados que outorgam à Comissão Europeia competências para regular e decidir sobre elementos essenciais particulares da mesma, o que é expressamente excluído pelo em conformidade com o artigo 290º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia⁵². Deste modo, o Conselho, o Parlamento Europeu e os parlamentos nacionais ficam praticamente sem margem de manobra quanto à regulamentação de aspetos fundamentais da diretiva.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.1.1 (novo)

Aditar.

«Nos países afetados pela crise económica dos últimos anos, como, por exemplo, a Letónia, os custos económicos e para a saúde decorrentes do consumo do tabaco são surpreendentemente elevados: os casos de morte ligada a este consumo afetam 25% de homens e 4% de mulheres e 12% das doenças neste país estão associadas às consequências do consumo de tabaco. Os custos aproximados do tratamento destas doenças atingiram 29 milhões de euros, o que equivale a 3,27% do orçamento total dos cuidados de saúde. As perdas de produção decorrentes do absentismo causado por doenças associadas ao consumo de tabaco atingem 29,5%, o que corresponde, na Letónia, a um prejuízo na ordem dos 12 milhões de euros. Do mesmo modo, as mortes prematuras provocadas pelo consumo de tabaco implicam custos acrescidos, que se elevam a cerca de 2,5 mil milhões de euros, ou seja, 9,38% do PIB⁵³.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.2

Alterar.

~~«Este aumento desproporcionado da dimensão das Estas advertências sanitárias irá ainda provocar produzirão os seguintes efeitos:~~

~~– a expropriação unilateral preservação dos legítimos direitos de propriedade intelectual e industrial dos fabricantes, impossibilitados de utilizar as respetivas marcas registadas. Segundo o Tribunal de Justiça da União Europeia considera que estes direitos podem ser restringidos, na medida em que não são absolutos⁵⁴, os fabricantes têm o direito de utilizar as respetivas marcas comerciais registadas e de continuar a distinguir os seus produtos;~~

~~– novas restrições da concorrência, num setor em que as empresas já têm muita dificuldade em diferenciar-se;~~

~~– a violação de direitos comerciais básicos inerentes a qualquer atividade comercial legal; o reconhecimento de que a saúde pública e as vantagens associadas constituem um valor primordial que deve ter prioridade sobre qualquer atividade de comércio do tabaco;~~

~~– obstáculos à introdução de novos produtos no mercado de novos produtos que são particularmente nocivos para a saúde da população e, consequentemente, para o crescimento económico; e~~

~~– o fim da investigação e das possibilidades de melhoria da qualidade dos produtos oferecidos. A limitação arbitrária da introdução de produtos de nova geração, sem dar a possibilidade de estabelecer um quadro normativo claro que sirva para analisar a redução dos riscos destes produtos para a população, pode constituir também um travão à criação de riqueza e de postos de trabalho associados à inovação e investigação neste setor. Além disso, esses novos produtos, com riscos potencialmente menores, não deveriam ser sujeitos às mesmas restrições que os produtos convencionais.»~~

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.3

Alterar.

~~«O mesmo sucede com a~~ A limitação dos ingredientes para eliminar sabores ou aromas distintivos (artigo 6º), bem como a apresentação visual das embalagens são particularmente importantes. Um dos critérios objetivos, como o de tornar o tabaco menos atrativo, é especialmente pertinente para determinadas faixas etárias ou para um género em particular. ~~que também não se baseia em quaisquer dados científicos, como a redução da toxicidade ou da potencialidade de criar dependência desses mesmo ingredientes, mas sim num critério tão subjetivo como o de reduzir os atrativos do tabaco e em estereótipos subjetivos sobre o tipo de tabaco fumado por cada faixa etária ou por cada um dos sexos. A mesma subjetividade é demonstrada quando se proíbem arbitrariamente e sem qualquer argumentação que o justifique determinados formatos, como os cigarros finos («slim»)~~ (o que não fora incluído na consulta pública nem é abrangido pela avaliação de impacto), os cigarros curtos, todos os tipos de cigarros de mentol, fixando-se um peso mínimo para os pacotes de tabaco picado, harmonizando-se os formatos das latas de tabaco,

ou mesmo, inventando uma nova categoria de «cigarilhas», em violação da Diretiva 2011/64/UE⁵⁵, em vigor desde 1 de janeiro de 2011. A proibição dos cigarros «slim» e de mentol, que são muito populares em alguns países europeus, obrigará os consumidores, que deixarão de lhes ter acesso, a recorrerem ao mercado de contrabando para os adquirir. Além disso, trata-se de produtos de tabaco que, na sua grande maioria, são consumidos por fumadores adultos, não se aplicando, pois, neste caso, o argumento de que se pretende prevenir o acesso dos menores ao consumo de tabaco. No caso concreto dos cigarros de mentol, por exemplo, importa referir que este tipo de tabaco é sobretudo consumido por pessoas de idade e que, além disso, alguns países com legislações muito desenvolvidas em matéria de luta contra o tabagismo e que preveem disposições muito concretas quanto à proibição de determinados ingredientes, nomeadamente os Estados Unidos e o Canadá, não proibiram os cigarros de mentol, o que leva o CESE a propor que essa proibição seja suprimida da proposta de diretiva.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.3.1

Alterar.

«Concluindo, o O CESE subscreve plenamente a proposta da Comissão de proibir a introdução no mercado de novos produtos com sabor a pastilha elástica, piña colada, mojito, etc., os designados «cigarros com sabores», que se dirigem sobretudo aos consumidores mais jovens.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.3.2

Alterar.

«Uma A limitação excessiva dos ingredientes poderia provocar uma harmonização dos sabores, e, desse modo, impossibilitar a diferenciação dos concorrentes, limitando o investimento e o eventual lançamento de novos produtos, tudo em detrimento dos consumidores, que deixariam assim de ter possibilidade de escolha o que constituiria um incentivo suplementar para os consumidores efetivos e potenciais de produtos de tabaco se informarem sobre o produto que estão a consumir ou para evitarem tais produtos, melhorando assim a sua saúde, a sua produtividade e também outros fatores que exercem uma influência crucial sobre a qualidade de vida.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.5

Suprimir.

«Por outro lado, a proposta de diretiva da Comissão Europeia contempla medidas destinadas a combater o comércio ilegal de tabaco. Concretamente, o artigo 14º prevê a criação de um sistema de rastreabilidade e a adoção de medidas de segurança para assegurar que só possam ser comercializados na UE produtos que satisfaçam as exigências da diretiva. Essas medidas criarão encargos económicos e administrativos desproporcionados, que muitas pequenas e médias empresas não podem suportar, e, longe de reduzirem o comércio ilegal, gerarão ainda mais encargos administrativos para os Estados-Membros, que devem efetuar o controlo da sua aplicação. Além disso, o sistema não ajudará a combater o contrabando e o comércio ilegal, os quais, pelo contrário, serão favorecidos pelas restantes medidas previstas na proposta. Neste sentido, o O CESE considera que o teor do artigo 14º da proposta de diretiva deveria ser exatamente o mesmo que o das cláusulas sobre rastreabilidade previstas no protocolo para a eliminação do comércio ilícito de produtos do tabaco concluído no final do ano passado pela Conferência das Partes no âmbito da Organização Mundial de Saúde⁵⁶.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

Ponto 4.6

Suprimir.

«Por último, a diretiva permitirá ainda à Comissão Europeia regular e alterar, mediante a proliferação de atos delegados, certos aspetos fundamentais como os níveis de aditivos, o teor das advertências sanitárias, bem como a sua localização e dimensão. Neste sentido, os Estados-Membros ficam praticamente sem margem de manobra quanto à aplicação da diretiva, o que representa uma forma de intervencionismo extremo, raramente utilizado até à data na União Europeia e que viola os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, como já foi alegado pelos parlamentos nacionais de oito Estados-Membros⁵⁷ (Itália, República Checa, Grécia, Bulgária, Dinamarca, Portugal, Roménia e Suécia). No caso de Itália, o parlamento não se limitou a indicar que a proposta violava os referidos princípios, tendo destacado que alguns modelos de cigarros proibidos, como os cigarros slim ou com baixo teor de alcatrão, poderiam ser um instrumento útil no âmbito de uma política para a redução ou o abandono do hábito de consumo de tabaco⁵⁸.»

Resultado da votação

A favor: 69

Contra: 157

Abstenções: 29

1 Artigo 114º do TFUE:

«1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no artigo 26º. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.»

2 Ver processo C-491/01, *The Queen contra Secretary of State for Health*, ex-parte: *British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*.

3 JO C 128 de 18.5.2010, p. 89-93.

4 http://europa.eu/rapid/press-release_OLAF-11-5_en.htm?locale=EN.

5 Ver o estudo *The European Tobacco Sector: An analysis of the socio-economic footprint* [O setor europeu do tabaco. Uma análise da pegada socioeconómica], elaborado pela Nomisma, e o comunicado de imprensa da Comissão Europeia de 16 de novembro de 2012.

6 *Ibidem*.

7 <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2012&number=0366&appLng=PT>.

8 JO C 351 de 15.11.2012, p. 6-11.

9 *Report on the implementation of the Council Recommendation of 30 November 2009 on Smoke-free Environments* [Relatório sobre a implementação da Recomendação do Conselho, de 30 de novembro de 2009, sobre a criação de espaços sem fumo].

10 *The European Tobacco Sector. An analysis of the socio-economic footprint* [O setor europeu do tabaco. Uma análise da pegada socioeconómica], elaborado por Nomisma.

11 DIVTOB: *Diversification for Tobacco Growing Regions in the Southern European Region*. [Diversificação para as regiões produtoras de tabaco no sul da Europa], Universidade de Hohenheim. Financiado pelo Sexto Programa-Quadro de Investigação e Desenvolvimento Tecnológico.

12 Diretiva 2011/64/UE do Conselho, de 21 de junho de 2011, relativa à estrutura e taxas dos impostos especiais sobre o consumo de tabacos manufaturados, JO L 176 de 5.7.2011, pp. 24-36

13 Ver nota nº 10.

14 Ver nota nº 5.

15 Ver nota nº 5.

16 Ver nota nº 10.

17 JO C 115 de 9.5.2008, p. 172-172.

18 Hammond D., «*Health warning messages on tobacco products: a review*.» [Mensagens de alerta para a saúde em produtos do tabaco: Uma revisão], *Tobacco Control* 2011; 20:327-3. Sambrook Research International, «*A review of the science base to support the development of health warnings for tobacco packages*» [Revisão da base científica que apoia o desenvolvimento de advertências para a saúde para embalagens de tabaco], Newport: Sambrook Research International; 2009 (relatório elaborado para a Comissão Europeia).

19 <http://www.maastrichtuniversity.nl/web/Main/Sitewide/News1/SmokersWillNotBePutOff1.htm>.

20 Nonnemaker, J., et al., *Experimental Study of Graphic Cigarette Warning Labels: Final Results Report Prepared for Center for Tobacco Products* [Estudo experimental sobre rótulos gráficos de advertência de cigarros: Relatório de resultados finais elaborado para o Centro de Produtos do Tabaco], *Food and Drug Administration*, Contract No. HHSF-223-2009-10135G, dezembro de 2010.

21 http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/eurobaro_attitudes_towards_tobacco_2012_en.pdf.

22 RJ Reynolds Tobacco Company vs. Food & Drug Administration, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, agosto de 2012.

23 Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de outubro de 1990 proferido no processo C-10/89.

24 Diretiva 2011/64/UE do Conselho, de 21 de junho de 2011, relativa à estrutura e taxas dos impostos especiais sobre o consumo de tabacos manufaturados, JO L 176 de 5.7.2011 p. 24-36.

25 [http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5\(1\)-en.pdf](http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5(1)-en.pdf).

26 <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2012&number=0366&appLng=PT>.

27 Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do parlamento italiano sobre o documento da Comissão Europeia COM(2012) 788 final.

28 O artigo 114.º do TFUE tem a seguinte redação:

«1. Salvo disposição em contrário dos Tratados, aplicam-se as disposições seguintes à realização dos objetivos enunciados no artigo 26º. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, e após consulta do Comité Económico e Social, adotam as medidas relativas à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros, que tenham por objeto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno.»

29 Ver processo C-491/01, *The Queen contra Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd e Imperial Tobacco Ltd*.

30 JO C 128 de 18.5.2010, p. 89-93.

31 Avaliação de impacto (http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/com_2012_788_ia_en.pdf).

32 Stefan Callan, in *Smoke Free Partnership, Making Tobacco Tax Trendy Toolkit* [Ferramentas para tornar a tributação do tabaco atraente], 2012, p.5, http://www.smokefreepartnership.eu/sites/sfp.ttp.eu/files/LV%20-%20Tax%20Toolkit_4.pdf.

33 Comissão Europeia, *Attitudes of Europeans Towards Tobacco* [Atitudes dos europeus em relação ao tabaco], http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/eurobaro_attitudes_towards_tobacco_2012_en.pdf, p. 84.

34 JO C 351 de 15.11.2012, p. 6-11.

35 <http://www.ash.org.uk/APPGillicit2013>.

36 Cf. avaliação de impacto, p. 15.

37 Um estudo sobre a responsabilidade e os custos para a saúde no âmbito do tabagismo, realizado pela Comissão Europeia, avalia o custo total de 2009 (em termos de cuidados de saúde, perdas de produção e vidas humanas) em 544 mil milhões.

(http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/tobacco_liability_final_en.pdf, p. 2).

38 Cf. a avaliação de impacto da Comissão.

39 Moodie C, Hastings G, Joossens L. *Young adult smokers' perceptions of illicit tobacco and the possible impact of plain packaging on illicit tobacco purchasing behaviour* [As perceções dos jovens sobre o tabaco ilícito e o possível impacto de embalagens simples no comportamento de aquisição de tabaco ilícito]. Eur J Public health, primeira publicação em linha em 26 de março de 2011. DOI:10.1093/eurpub/ckr038. in «*Claims that Standardised Packaging Would Increase Illicit Trade are Untrue*» [Alegações de que as embalagens normalizadas aumentariam o comércio ilícito não são verdadeiras], Smoke Free Partnership, 10 de setembro de 2012, <http://www.smokefreepartnership.eu/response-to-tobacco-retailers>.

40 Ver nota 5.

41 Carin Hakansta, Organização Mundial de Saúde, documento de trabalho *Workplace smoking: A Review of National and Local Practical and Regulatory Measures* [Fumar no local de trabalho: Um revisão das práticas e medidas regulamentares a nível nacional e local], março de 2004, p. 6, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_protect/-protrav/-safework/documents/publication/wcms_108424.pdf.

42 JO C 115 de 9.5.2008, p. 172.

43 Documento de trabalho dos serviços da Comissão «Avaliação do impacto», que acompanha a Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros no que respeita ao fabrico, à apresentação e à venda de produtos do tabaco e produtos afins: http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/com_2012_788_ia_en.pdf, p.116.

44 [http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5\(1\)-en.pdf](http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5(1)-en.pdf).

45 Stefan Callan, *Smoke Free Partnership, Tabakas nodokļi un nelikumīga tirdzniecība, Making Tobacco Tax Trendy Toolkit*, 2012, p.5, http://www.smokefreepartnership.eu/sites/sfp.http.eu/files/LV%20-%20Tax%20Toolkit_4.pdf.

46 Comissão Europeia, *Attitudes of Europeans Towards Tobacco*,

http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/eurobaro_attitudes_towards_tobacco_2012_en.pdf, p. 84.

47 <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2012&number=0366&appLng=PT>.

48 Diretiva 2011/64/UE do Conselho, de 21 de junho de 2011, relativa à estrutura e taxas dos impostos especiais sobre o consumo de tabacos manufaturados

49 <http://www.cancercampaigns.org.uk/ourcampaigns/theanswerisplain/moreinformation/>

50 *The Packaging of Tobacco Products*, março de 2012, *The Centre for Tobacco Control Research Core funded by CancerResearchUK*, http://www.cancerresearchuk.org/prod_consump/groups/cr_common/@nre/@new/@pre/documents/generalcontent/cr_086687.pdf, p.40.

51 Ver nota nº 11.

52 JO C 115 de 9.5.2008, p. 172.

53 http://ec.europa.eu/health/tobacco/docs/tobacco_liability_final_en.pdf

54 *Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 17 de outubro de 1990 proferido no processo C-10/89*.

55 Diretiva 2011/64/UE do Conselho, de 21 de junho de 2011, relativa à estrutura e taxas dos impostos especiais sobre o consumo de tabacos manufaturados, JO L 176 de 5.7.2011 p. 24-36.

56 [http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5\(1\)-en.pdf](http://apps.who.int/gb/fctc/PDF/cop5/FCTC_COP5(1)-en.pdf).

57 <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/dossier/dossier.do?code=COD&year=2012&number=0366&appLng=PT>.

58 Parecer da Comissão de Assuntos Sociais do parlamento italiano sobre o documento da Comissão Europeia COM(2012) 788 final.

MINISTÉRIO DA
ECONOMIA

DECRETO-LEI 24/2014

DE 14 DE FEVEREIRO

EXCEROTOS

“O presente Decreto-Lei transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva nº 2011/83/UE, estabelecendo, desde logo, um conjunto de regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento”

“No âmbito das regras aplicáveis em matéria de informação pré-contratual, amplia-se o conteúdo da informação a disponibilizar ao consumidor, referindo-se, a título de exemplo, a informação sobre existência de depósitos ou outras garantias financeiras, bem como a informação sobre a funcionalidade e interoperabilidade dos conteúdos digitais”

“O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço”

“O fornecedor do bem não é obrigado a reembolsar os custos adicionais de entrega quando o consumidor solicitar, expressamente, uma modalidade de entrega diferente e mais onerosa do que a modalidade comumente aceite e menos onerosa proposta pelo fornecedor do bem”

Em Portugal, o primeiro regime jurídico aplicável aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial data de 1987, com a publicação do Decreto-Lei nº 272/87, de 3 de abril, que transpôs a Diretiva nº 85/577/CEE, do Conselho, de 20 de dezembro de 1985, relativa à proteção dos consumidores no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais. O referido decreto-lei, constituiu, então, um passo muito importante na prossecução da política de defesa do consumidor, designadamente ao impor o cumprimento de deveres de informação pré-contratual perante o consumidor, o respeito de determinados requisitos quanto à celebração desses contratos e reconhecer a existência do direito de resolução, a exercer no prazo de sete dias úteis a contar da celebração do contrato. Foi também no âmbito deste mesmo Decreto-Lei que se definiu o conceito das «vendas por correspondência» e se proibiram as vendas «em cadeia», «em pirâmide» ou em «bola de neve», bem como as «vendas forçadas». Decorridos mais de 10 anos sobre a data de entrada em vigor do Decreto-Lei nº 272/87, de 3 de abril, o surgimento de novas formas de venda e a necessidade de transposição de novo instrumento de direito europeu – a Diretiva nº 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 1997, relativa à proteção dos consumidores em matéria de contratos celebrados à distância – impuseram uma alteração aprofundada do regime jurídico aplicável às vendas ao domicílio e contratos equiparados.

Assim, em 2001, foi publicado o Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de abril, alterado pelos Decretos-Leis nºs 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio e 317/2009, de 30 de outubro, que, transpondo para a ordem jurídica nacional a referida Diretiva nº 97/7/CE, veio adequar o regime ao novo contexto económico, melhorando algumas soluções e abarcando novas modalidades de venda com vista a proteger direitos e interesses dos consumidores. O mencionado Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de abril, consagrou não só as regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados no domicílio, mas também considerou ilegais determinadas formas de venda de bens ou de prestação de serviços assentes em processos de aliciamento enganosos e revogou expressamente o Decreto-Lei nº 272/87, de 3 de abril.

Nesse mesmo ano, a Comissão Europeia aprovou uma proposta de diretiva relativa aos direitos dos consumidores que visava alterar profundamente diversos regimes aplicáveis aos contratos de consumo. A negociação desta proposta de diretiva foi complexa e difícil dada a abrangência das matérias e o facto de consagrar o princípio comunitário da harmonização total.

Concluída a negociação, foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia a Diretiva nº 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva nº 93/13/CEE do Conselho, e a Diretiva nº 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva nº 85/577/CEE, do Conselho e a Diretiva nº 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho. Esta Diretiva tem por objetivo contribuir, graças à consecução de um elevado nível de defesa dos consumidores, para o bom funcionamento do mercado interno, aproximando as legislações dos Estados Membros, em especial, nas matérias relativas à informação pré-contratual, aos requisitos formais e ao direito de livre resolução nos contratos celebrados à distância, e nos

contratos celebrados fora do estabelecimento comercial estabelecendo, para esse efeito, o referido princípio da harmonização total.

É, pois, neste contexto, que o presente Decreto-Lei transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva nº 2011/83/UE, estabelecendo, desde logo, um conjunto de regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento.

O presente Decreto-Lei vem, desta forma, reformular as regras aplicáveis aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento revogando o Decreto-Lei nº 143/2001, de 26 de abril, alterado pelos Decretos-Leis nºs 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio, e 317/2009, de 30 de outubro.

Ainda assim, o presente Decreto-Lei incorpora algumas das definições e modalidades de venda ali consagradas mas ajustando-as aos termos da Diretiva. Entre as definições ajustadas à Diretiva, destacam-se as de «contrato celebrado à distância» e de «suporte duradouro». Das modalidades de venda destacam-se designadamente, a «venda automática», as «vendas especiais esporádicas», e o «fornecimento de bens não solicitados».

No âmbito das regras aplicáveis em matéria de informação pré-contratual, amplia-se o conteúdo da informação a disponibilizar ao consumidor, referindo-se, a título de exemplo, a informação sobre existência de depósitos ou outras garantias financeiras, bem como a informação sobre a funcionalidade e interoperabilidade dos conteúdos digitais.

Destaca-se também a previsão de regras que impõem o cumprimento de determinados requisitos quanto à disponibilização da informação pré-contratual e à celebração do contrato à distância e do contrato celebrado fora do estabelecimento comercial.

Um dos aspetos inovadores do presente decreto-lei, refere-se à obrigação de o fornecedor de bens ou do prestador de serviços indicar, no seu sítio na Internet onde se dedica ao comércio eletrónico, a eventual aplicação de restrições à entrega, bem como os meios de pagamento aceites.

O direito de livre resolução – direito igualmente harmonizado na Diretiva – encontra-se regulamentado de igual modo nos contratos celebrados à distância e nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, sendo o prazo para o respetivo exercício, de 14 dias seguidos.

Para facilitar o exercício deste direito, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve fornecer ao consumidor um formulário de livre resolução cujo modelo se encontra no Anexo ao presente decreto-lei.

Ainda quanto ao direito de livre resolução, estabelece-se que, nos casos em que o consumidor pretenda que a prestação do serviço se inicie durante o prazo em que decorre o exercício daquele direito, o prestador do serviço deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso através de suporte duradouro, sendo que se o consumidor, ainda assim, vier a exercer o direito de livre resolução deve pagar um montante proporcional ao que for efetivamente prestado.

O presente Decreto-Lei estabelece igualmente o novo regime aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, bem

como a outras modalidades contratuais de fornecimento de bens ou serviços, incorporando a Diretiva nº 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, e mantendo, dentro do possível, soluções que se traduzem num elevado nível de proteção dos consumidores.

Foi promovida a audição do Conselho Nacional do Consumo.

Assim:

Nos termos da alínea a) do nº 1 do artigo 198º da Constituição, o Governo decreta o seguinte:

CAPÍTULO I

Disposições gerais

Artigo 1º

Objeto

O presente Decreto-Lei transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva nº 2011/83/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva nº 93/13/CEE, do Conselho, e a Diretiva nº 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, e que revoga a Diretiva nº 85/577/CEE, do Conselho, e a Diretiva nº 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho.

Artigo 2º

Âmbito

1 – O presente Decreto-Lei é aplicável aos contratos celebrados à distância e aos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, tendo em vista promover a transparência das práticas comerciais e salvaguardar os interesses legítimos dos consumidores.

2 – Sem prejuízo do disposto no número anterior, os artigos 4º a 21º não se aplicam a:

- a) Contratos relativos a serviços financeiros;
- b) Contratos celebrados através de máquinas distribuidoras automáticas ou de estabelecimentos comerciais automatizados;
- c) Contratos celebrados com operadores de telecomunicações respeitantes à utilização de cabines telefónicas públicas ou à utilização de uma única ligação telefónica, de Internet ou de telecópia efetuada pelo consumidor;
- d) Contratos relativos à construção, à reconversão substancial, à compra e venda ou a outros direitos respeitantes a imóveis, incluindo o arrendamento;
- e) Contratos relativos a serviços sociais, nomeadamente no setor da habitação, da assistência à infância e serviços dispensados às famílias e às pessoas com necessidades especiais permanentes ou temporárias, incluindo os cuidados continuados;
- f) Contratos relativos a serviços de cuidados de saúde, prestados ou não no âmbito de uma estrutura de saúde e independentemente do seu modo de organização e financiamento e do seu carácter público ou privado;

g) Contratos de jogo de fortuna ou azar, incluindo lotarias, bingos e atividades de jogo em casinos e apostas;

h) Contratos relativos a serviços prestados no âmbito do Decreto-Lei nº 61/2011, de 6 de maio, alterado pelo Decreto-Lei nº 199/2012, de 24 de agosto, que estabelece o regime de acesso e de exercício da atividade das agências de viagens e turismo;

i) Contratos celebrados no âmbito do Decreto-Lei nº 275/93, de 5 de agosto, alterado pelos Decretos-Leis nºs 180/99, de 22 de maio, 22/2002, de 31 de janeiro, 76-A/2006, de 29 de março, 116/2008, de 4 de julho, e 37/2011, de 10 de março;

j) Contratos de fornecimento de géneros alimentícios, bebidas ou outros bens destinados ao consumo corrente do agregado familiar, entregues fisicamente pelo fornecedor de bens em deslocações frequentes e regulares ao domicílio, residência ou local de trabalho do consumidor;

l) Contratos em que intervenha um titular de cargo público obrigado por lei à autonomia e imparcialidade, bem como ao fornecimento de todas as informações jurídicas necessárias, garantindo que o consumidor apenas celebra o contrato após ponderação e com pleno conhecimento das suas consequências jurídicas;

m) Contratos de serviços de transporte de passageiros com exceção do disposto nos nºs 2, 3 e 4 do artigo 5º.

Artigo 3º

Definições

Para efeitos do presente decreto-lei, entende-se por:

a) «Bem», qualquer coisa móvel corpórea, com exceção dos bens vendidos em processo executivo ou qualquer outra forma de venda judicial, incluindo água, gás ou eletricidade quando são postos à venda em volume delimitado ou em quantidade determinada;

b) «Bem produzido segundo as especificações do consumidor », a coisa que não sendo pré-fabricada, é produzida com base numa escolha individual ou numa decisão do consumidor;

c) «Consumidor», a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;

d) «Conteúdo digital», os dados produzidos e fornecidos em formato digital, designadamente programas e aplicações de computador, jogos, músicas, vídeos ou textos independentemente de o acesso aos mesmos ser feito por descarregamento ou streaming, a partir de um suporte material ou de qualquer outro meio;

e) «Contrato acessório», contrato ao abrigo do qual o consumidor adquire bens ou serviços no âmbito de um contrato à distância ou de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, quando os bens ou serviços são fornecidos pelo profissional ou por um terceiro com base em acordo entre esse terceiro e o profissional;

f) «Contrato celebrado à distância», um contrato celebrado entre o consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio à

distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação à distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração;

g) «Contrato celebrado fora do estabelecimento comercial », o contrato que é celebrado na presença física simultânea do fornecedor de bens ou do prestador de serviços e do consumidor em local que não seja o estabelecimento comercial daquele, incluindo os casos em que é o consumidor a fazer uma proposta contratual, incluindo os contratos:

i) Celebrados no estabelecimento comercial do profissional ou através de quaisquer meios de comunicação à distância imediatamente após o consumidor ter sido, pessoal e individualmente, contactado num local que não seja o estabelecimento comercial do fornecedor de bens ou prestador de serviços;

ii) Celebrados no domicílio do consumidor;

iii) Celebrados no local de trabalho do consumidor;

iv) Celebrados em reuniões em que a oferta de bens ou de serviços seja promovida por demonstração perante um grupo de pessoas reunidas no domicílio de uma delas, a pedido do fornecedor ou do seu representante ou mandatário;

v) Celebrados durante uma deslocação organizada pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou por seu representante ou mandatário, fora do respetivo estabelecimento comercial;

vi) Celebrados no local indicado pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços, a que o consumidor se desloque, por sua conta e risco, na sequência de uma comunicação comercial feita pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços ou pelo seu representante ou mandatário;

h) «Estabelecimento comercial», quaisquer instalações imóveis de venda a retalho, onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma permanente, ou quaisquer instalações móveis de venda a retalho onde o fornecedor de bens ou prestador de serviços exerça a sua atividade de forma habitual;

i) «Fornecedor de bens ou prestador de serviços», a pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que, num contrato com um consumidor, atue no âmbito da sua atividade profissional, ou através de outro profissional, que atue em seu nome ou por sua conta;

j) «Leilão», o método de venda em que os bens ou serviços são oferecidos pelo fornecedor aos consumidores, que compareçam ou não pessoalmente no local, através de um procedimento de licitação transparente dirigido por um leiloeiro, e em que o adjudicatário fica vinculado à aquisição dos bens ou serviços;

k) «Operador de técnica de comunicação», qualquer pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que tenha por atividade profissional disponibilizar a fornecedores uma ou mais técnicas de comunicação à distância;

l) «Suporte duradouro», qualquer instrumento, designadamente o papel, a chave Universal Serial Bus (USB), o Compact Disc Read-Only Memory (CD -ROM), o Digital Versatile Disc (DVD), os cartões de memória ou o disco rígido do computador, que permita ao consumidor ou ao fornecedor de bens ou prestador do serviço armazenar informações

que lhe sejam pessoalmente dirigidas, e, mais tarde, aceder -lhes pelo tempo adequado à finalidade das informações, e que possibilite a respetiva reprodução inalterada;

m) «Técnica de comunicação à distância», qualquer meio que, sem a presença física e simultânea do fornecedor de bens ou prestador do serviço e do consumidor, possa ser utilizado tendo em vista a celebração do contrato entre as referidas partes.

CAPÍTULO II

Dos contratos celebrados à distância e dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

Artigo 4º

Informação pré-contratual nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento comercial

1 – Antes de o consumidor se vincular a um contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, ou por uma proposta correspondente, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar-lhe, em tempo útil e de forma clara e compreensível, as seguintes informações:

a) Identidade do fornecedor de bens ou do prestador de serviços, incluindo o nome, a firma ou denominação social, o endereço físico onde se encontra estabelecido, o número de telefone e de telecópia e o endereço eletrónico, caso existam, de modo a permitir ao consumidor contactá-lo e comunicar com aquele de forma rápida e eficaz;

b) Quando aplicável, o endereço físico e identidade do profissional que atue por conta ou em nome do fornecedor de bens ou prestador de serviços;

c) Características essenciais do bem ou serviço, na medida adequada ao suporte utilizado e ao bem ou serviço objeto do contrato;

d) Preço total do bem ou serviço, incluindo taxas e impostos, encargos suplementares de transporte, despesas postais ou de entrega ou quaisquer outros encargos que no caso caibam;

e) O modo de cálculo do preço, incluindo tudo o que se refira a quaisquer encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando a natureza do bem ou serviço não permita o cálculo em momento anterior à celebração do contrato;

f) A indicação de que podem ser devidos encargos suplementares de transporte, de entrega e postais, e quaisquer outros custos, quando tais encargos não possam ser razoavelmente calculados antes da celebração do contrato;

g) O preço total, que deve incluir os custos totais, por período de faturação, no caso de um contrato de duração indeterminada ou que inclua uma assinatura de periodicidade;

h) O preço total equivalente à totalidade dos encargos mensais ou de outra periodicidade, no caso de um contrato com uma tarifa fixa, devendo ser comunicado o modo de cálculo do preço quando for impossível o seu cálculo em momento anterior à celebração do contrato;

i) Modalidades de pagamento, de entrega, de execução, a data-limite em que o profissional se compromete a entregar o bem ou a prestar o serviço, e, se for o caso, o sistema de tratamento de reclamações dos consumidores pelo fornecedor de bens ou prestador de serviços;

j) Quando seja o caso, a existência do direito de livre resolução do contrato, o respetivo prazo e o procedimento para o exercício do direito, nos termos dos artigos 10º e 11º com entrega do formulário de livre resolução constante da parte B do anexo ao presente decreto-lei, do qual faz parte integrante;

l) Quando seja o caso, a indicação de que o consumidor suporta os custos da devolução dos bens em caso de exercício do direito de livre resolução e o montante desses custos, se os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio normal;

m) A obrigação de o consumidor pagar ao prestador de serviços um determinado montante, proporcional ao serviço já prestado, sempre que o consumidor exerça o direito de livre resolução depois de ter apresentado o pedido a que se refere o artigo 15º;

n) Quando não haja direito de livre resolução, nos termos do artigo 17º, a indicação de que o consumidor não beneficia desse direito ou, se for caso disso, as circunstâncias em que o consumidor perde o seu direito de livre resolução;

o) Custo de utilização da técnica de comunicação à distância, quando calculado em referência a uma tarifa que não seja a tarifa base;

p) A duração do contrato, quando não seja indefinida ou instantânea, ou, em caso de contrato de fornecimento de bens ou prestação de serviços de execução continuada ou periódica ou de renovação automática, os requisitos da denúncia, incluindo, quando for o caso, o regime de contrapartidas estabelecidas para a cessação antecipada dos contratos sujeitos a períodos contratuais mínimos;

q) A existência e o prazo da garantia de conformidade dos bens, quando seja aplicável o regime jurídico da venda de bens de consumo constante do Decreto-Lei nº 67/2003, de 8 de abril, alterado pelo Decreto-Lei nº 84/2008, de 21 de maio;

r) A existência e condições de assistência pós-venda, de serviços pós-venda e de garantias comerciais quando for o caso;

s) A existência de códigos de conduta relevantes, quando os haja, e o modo de obter as respetivas cópias;

t) A duração mínima das obrigações dos consumidores decorrentes do contrato, quando for o caso;

u) A existência de depósitos ou outras garantias financeiras e respetivas condições, a pagar ou prestar pelo consumidor a pedido do profissional, quando as houver;

v) Sendo o caso, a funcionalidade dos conteúdos digitais, incluindo as medidas de proteção técnica;

x) Qualquer interoperabilidade relevante dos conteúdos digitais com equipamentos e programas informáticos de que o profissional tenha ou possa razoavelmente ter conhecimento, quando for o caso;

z) A possibilidade de acesso a um mecanismo extrajudicial de reclamação e recurso a que o profissional esteja vinculado e o modo de acesso a esse mesmo mecanismo, quando for o caso.

2 – As informações determinadas nas alíneas j), l) e m) do número anterior podem ser prestadas mediante o modelo de informação sobre o direito de livre resolução constante da parte A do anexo ao presente decreto -lei, do qual faz parte integrante, considerando-se que o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumpriu o dever de informação quanto a esses elementos, se tiver entregue essas instruções ao consumidor corretamente preenchidas.

3 – As informações a que se refere o nº 1 integram o contrato celebrado à distância ou fora do estabelecimento comercial, não podendo o respetivo conteúdo ser alterado, salvo acordo expresso das partes em contrário anterior à celebração do contrato.

4 – Em caso de incumprimento do dever de informação quanto aos encargos suplementares ou outros custos referidos nas alíneas d), e), f), g) e h) ou quanto aos custos de devolução dos bens referidos na alínea l), ambas do nº 1, o consumidor fica desobrigado desses custos ou encargos.

5 – As informações a que se refere o nº 1 são, no caso dos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial, fornecidas em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro.

6 – No caso de leilões, as informações previstas nas alíneas a) e b) do nº 1 podem ser substituídas pelos elementos equivalentes relativos ao leiloeiro.

7 – Incumbe ao fornecedor de bens ou prestador de serviços a prova do cumprimento dos deveres de informação estabelecidos no presente artigo.

Artigo 5º

Requisitos de forma nos contratos celebrados à distância

1 – As informações a que se refere o nº 1 do artigo anterior, devem ser prestadas de forma clara e compreensível por meio adequado à técnica de comunicação à distância utilizada, com respeito pelos princípios da boa-fé, da lealdade nas transações comerciais e da proteção das pessoas incapazes, em especial dos menores.

2 – Quando num contrato celebrado à distância por via eletrónica, a encomenda pelo consumidor implicar uma obrigação de pagamento, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve dar ao consumidor, de forma clara e bem visível, e imediatamente antes de o consumidor concluir a encomenda, as informações pré-contratuais previstas nas alíneas c), d), e), f), g), h), p) e t) do nº 1 do artigo anterior.

3 – Para o cumprimento do disposto no número anterior, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve garantir que o consumidor, ao concluir a encomenda confirma, de forma expressa e consciente, que a encomenda implica a obrigação de pagamento.

4 – Quando a conclusão da encomenda implicar a ativação de um botão ou função semelhante, o botão ou a referida função é identificada de forma facilmente legível, apenas com a expressão «encomenda com obrigação de pagar» ou uma formulação correspondente e

inequívoca, que indique que a realização da encomenda implica uma obrigação de pagamento ao profissional.

5 – Sem prejuízo do dever de comunicação das restantes informações de acordo com o meio de comunicação à distância utilizado, quando o contrato for celebrado através de um meio de comunicação à distância com espaço ou tempo limitados para divulgar a informação, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve facultar, nesse meio específico e antes da celebração do contrato, pelo menos, as informações pré -contratuais exigidas pelas alíneas a), c), d), e), f), g), h), j) e p) do nº 1 do artigo anterior.

6 – Em caso de comunicação por via telefónica, a identidade do fornecedor do bem ou prestador de serviços ou do profissional que atue em seu nome ou por sua conta e o objetivo comercial da chamada devem ser explicitamente comunicados no início de qualquer contacto com o consumidor.

7 – Quando o contrato for celebrado por telefone, o consumidor só fica vinculado depois de assinar a oferta ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços.

8 – Se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não observar o disposto nos nºs 2, 3 e 4, o consumidor não fica vinculado ao contrato.

Artigo 6º

Confirmação da celebração do contrato celebrado à distância

1 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve confirmar a celebração do contrato à distância no prazo de cinco dias contados dessa celebração e, o mais tardar, no momento da entrega do bem ou antes do início da prestação do serviço.

2 – A confirmação do contrato a que se refere o número anterior realiza-se com a entrega ao consumidor das informações pré -contratuais previstas no nº 1 do artigo 4º em suporte duradouro.

3 – Encontra-se dispensado do dever de confirmação do contrato o fornecedor de bens ou prestador de serviços que, antes da celebração do contrato, forneça ao consumidor as informações pré -contratuais em suporte duradouro.

Artigo 7º

Restrições nos sítios na internet

Nos sítios na Internet dedicados ao comércio eletrónico é obrigatória a indicação, de forma clara e legível, o mais tardar no início do processo de encomenda, da eventual existência de restrições geográficas ou outras à entrega e aos meios de pagamento aceites.

Artigo 8º

Restrições à utilização de determinadas técnicas de comunicação à distância

O envio de comunicações não solicitadas através da utilização de técnicas de comunicação à distância depende do consentimento prévio expresso do consumidor, nos termos da Lei nº 46/2012, de 29 de agosto.

Artigo 9º

Requisitos de forma nos contratos celebrados fora do estabelecimento comercial

1 – O contrato celebrado fora do estabelecimento comercial é reduzido a escrito e deve, sob pena de nulidade, conter, de forma clara e compreensível e na língua portuguesa, as informações determinadas pelo artigo 4º

2 – O fornecedor de bens ou prestador de serviços deve entregar ao consumidor uma cópia do contrato assinado ou a confirmação do contrato em papel ou, se o consumidor concordar, noutro suporte duradouro, incluindo, se for caso disso, a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor e o seu reconhecimento, nos termos da alínea l) do nº 1 do artigo 17º

Artigo 10º

Direito de livre resolução nos contratos celebrados à distância ou celebrados fora do estabelecimento

1 – O consumidor tem o direito de resolver o contrato sem incorrer em quaisquer custos, para além dos estabelecidos no nº 3 do artigo 12º e no artigo 13º quando for caso disso, e sem necessidade de indicar o motivo, no prazo de 14 dias a contar:

a) Do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de prestação de serviços;
b) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física dos bens, no caso dos contratos de compra e venda, ou:

i) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último bem, no caso de vários bens encomendados pelo consumidor numa única encomenda e entregues separadamente,

ii) Do dia em que o consumidor ou um terceiro, com exceção do transportador, indicado pelo consumidor adquira a posse física do último lote ou elemento, no caso da entrega de um bem que consista em diversos lotes ou elementos,

iii) Do dia em que o consumidor ou um terceiro por ele indicado, que não seja o transportador, adquira a posse física do primeiro bem, no caso dos contratos de entrega periódica de bens durante um determinado período; c) Do dia da celebração do contrato, no caso dos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, que não estejam à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material.

2 – Se o fornecedor de bens ou prestador de serviços não cumprir o dever de informação pré-contratual determinado na alínea j) do nº 1 do artigo 4º, o prazo para o exercício do direito de livre resolução é de 12 meses a contar da data do termo do prazo inicial a que se refere o número anterior.

3 – Se, no decurso do prazo previsto no número anterior, o fornecedor de bens ou prestador de serviços cumprir o dever de informação pré-contratual a que se refere a alínea j) do nº 1 do artigo 4º, o consumidor dispõe de 14 dias para resolver o contrato a partir da data de receção dessa informação.

4 – O disposto no nº 1 não impede a fixação, entre as partes, de prazo mais alargado para o exercício do direito de livre resolução.

5 – O disposto no presente artigo não dispensa o cumprimento das regras legais relativas ao dever de ligação à rede pública de abastecimento de água e à utilização de captações de água para consumo humano, nos termos do disposto no Decreto-Lei nº 194/2009, de 20 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei nº 92/2010, de 26 de julho, e no Decreto-Lei nº 226-A/2007, de 31 de maio.

Artigo 11º

Exercício e efeitos do direito de livre resolução

1 – O consumidor pode exercer o seu direito de livre resolução através do envio do modelo de «Livre resolução» constante da parte B do anexo ao presente decreto-lei, ou através de qualquer outra declaração inequívoca de resolução do contrato.

2 – Para efeitos do presente Decreto-Lei considera

-se inequívoca a declaração em que o consumidor comunica, por palavras suas, a decisão de resolver o contrato designadamente por carta, por contacto telefónico, pela devolução do bem ou por outro meio suscetível de prova, nos termos gerais.

3 – Considera-se exercido o direito de livre resolução pelo consumidor dentro do prazo quando a declaração de resolução é enviada antes do termo dos prazos referidos no artigo anterior.

4 – Quando no sítio na Internet do fornecedor de bens ou prestador de serviços seja possibilitada a livre resolução por via eletrónica e o consumidor utilizar essa via, o fornecedor de bens ou prestador de serviços, acusa, no prazo de 24 horas, ao consumidor a receção da declaração de resolução em suporte duradouro.

5 – Incumbe ao consumidor a prova de que exerceu o direito de livre resolução, nos termos do presente decreto -lei.

6 – O exercício do direito de livre resolução extingue as obrigações de execução do contrato e toda a eficácia da proposta contratual, quando o consumidor tenha feito tal proposta.

7 – São nulas as cláusulas contratuais que imponham ao consumidor uma penalização pelo exercício do direito de livre resolução ou estabeleçam a renúncia ao mesmo.

Artigo 12º

Obrigações do fornecedor de bens ou prestador de serviços decorrentes da livre resolução

1 – No prazo de 14 dias a contar da data em que for informado da decisão de resolução do contrato, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve reembolsar o consumidor de todos os pagamentos recebidos, incluindo os custos de entrega do bem nos termos do nº 2 do artigo 13º

2 – O reembolso dos pagamentos deve ser feito através do mesmo meio de pagamento que tiver sido utilizado pelo consumidor na transação inicial, salvo acordo expresse em

contrário e desde que o consumidor não incorra em quaisquer custos como consequência do reembolso.

3 – O fornecedor do bem não é obrigado a reembolsar os custos adicionais de entrega quando o consumidor solicitar, expressamente, uma modalidade de entrega diferente e mais onerosa do que a modalidade comumente aceite e menos onerosa proposta pelo fornecedor do bem.

4 – Excetuados os casos em que o fornecedor se ofereça para recolher ele próprio os bens, só é permitida a retenção do reembolso enquanto os bens não forem recebidos ou enquanto o consumidor não apresentar prova da devolução do bem.

5 – Quando o bem entregue no domicílio do consumidor no momento da celebração de um contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, não puder, pela sua natureza ou dimensão, ser devolvido por correio, incumbe ao fornecedor recolher o bem e suportar o respetivo custo.

6 – O incumprimento da obrigação de reembolso dentro do prazo previsto no nº 1, obriga o fornecedor de bens ou prestador de serviços a devolver em dobro, no prazo de 15 dias úteis, os montantes pagos pelo consumidor, sem prejuízo do direito do consumidor a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais.

Artigo 13º

Obrigações do consumidor decorrentes da livre resolução do contrato

1 – Caso o fornecedor de bens não se ofereça para recolher ele próprio o bem, o consumidor deve no prazo de 14 dias a contar da data em que tiver comunicado a sua decisão de resolução do contrato nos termos do artigo 10º, devolver ou entregar o bem ao fornecedor de bens ou a uma pessoa autorizada para o efeito.

2 – Incumbe ao consumidor suportar o custo da devolução do bem, exceto nos seguintes casos:

a) Quando o fornecedor acordar em suportar esse custo; ou
b) Quando o consumidor não tiver sido previamente informado pelo fornecedor do bem que tem o dever de pagar os custos de devolução.

3 – O consumidor deve conservar os bens de modo a poder restituí-los nas devidas condições de utilização, no prazo previsto no nº 1, ao fornecedor ou à pessoa para tal designada no contrato.

4 – O consumidor não incorre em responsabilidade alguma pelo exercício do direito de livre resolução, salvo o disposto no nº 3 do artigo anterior.

Artigo 14º

Inspeção e manipulação do bem

1 – O exercício do direito de livre resolução não prejudica o direito de o consumidor inspecionar, com o devido cuidado, a natureza, as características e o funcionamento do bem.

2 – O consumidor pode ser responsabilizado pela depreciação do bem, se a manipulação efetuada para inspecionar a natureza, as características e o funcionamento desse bem exceder a manipulação que habitualmente é admitida em estabelecimento comercial.

3 – Em caso algum, o consumidor é responsabilizado pela depreciação do bem quando o fornecedor não o tiver informado do seu direito de livre resolução.

Artigo 15º

Prestação de serviços durante o período de livre resolução

1 – Sempre que o consumidor pretenda que a prestação do serviço se inicie durante o prazo previsto no artigo 10º, o prestador do serviço deve exigir que o consumidor apresente um pedido expresso através de suporte duradouro.

2 – Se o consumidor exercer o direito de livre resolução, após ter apresentado o pedido previsto no número anterior, deve ser pago ao prestador do serviço um montante proporcional ao que foi efetivamente prestado até ao momento da comunicação da resolução, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato

3 – O montante proporcional a que se refere o número anterior é calculado com base no preço contratual total.

4 – Se o preço total for excessivo, o montante proporcional é calculado com base no valor de mercado do que foi prestado.

5 – O consumidor não suporta quaisquer custos:

a) Relativos à execução dos serviços durante o prazo de livre resolução, se:

i) O prestador do serviço não tiver cumprido o dever de informação pré -contratual previsto nas alíneas h) ou j) do nº 1 do artigo 4º, ou

ii) O consumidor não tiver solicitado expressamente o início do serviço durante o prazo de livre resolução; ou

b) Relativos ao fornecimento, na totalidade ou em parte, de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material, se:

i) O consumidor não tiver dado o seu consentimento prévio para que a execução tenha início antes do fim do prazo de 14 dias referido no artigo 10º,

ii) O consumidor não tiver reconhecido que perde o seu direito de livre resolução ao dar o seu consentimento, ou

iii) O fornecedor de bens não tiver fornecido a confirmação do consentimento prévio e expresso do consumidor.

6 – O presente artigo aplica-se aos contratos de fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano.

Artigo 16º

Efeito do exercício do direito de livre resolução nos contratos acessórios

Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de junho, alterado pelos Decretos-Leis nºs 72-A/2010, de 17 de junho, e 42 -A/2013, de 28 de março, o exercício do direito de livre resolução nos termos do presente Decreto-Lei implica, a resolução automática dos contratos acessórios ao contrato celebrado à distância ou do contrato

celebrado fora do estabelecimento comercial sem direito a indemnização ou pagamento de quaisquer encargos excetuados os casos previstos nos artigos 11º e 12º

Artigo 17º

Exceções ao direito de livre resolução

1 – Salvo acordo das partes em contrário, o consumidor não pode resolver livremente os contratos de:

a) Prestação de serviços, quando:

i) Os serviços tenham sido integralmente prestados após o prévio consentimento expresso do consumidor, nos termos do artigo 15º; e

ii) O consumidor reconheça que perde o direito de livre resolução se o contrato tiver sido plenamente executado pelo profissional nesse caso;

b) Fornecimento de bens ou de prestação de serviços cujo preço dependa de flutuações de taxas do mercado financeiro que o fornecedor de bens ou prestador de serviços não possa controlar e que possam ocorrer durante o prazo de livre resolução;

c) Fornecimento de bens confeccionados de acordo com especificações do consumidor ou manifestamente personalizados;

d) Fornecimento de bens que, por natureza, não possam ser reenviados ou sejam suscetíveis de se deteriorarem ou de ficarem rapidamente fora de prazo;

e) Fornecimento de bens selados não suscetíveis de devolução, por motivos de proteção da saúde ou de higiene quando abertos após a entrega;

f) Fornecimento de bens que, após a sua entrega e por natureza, fiquem inseparavelmente misturados com outros artigos;

g) Fornecimento de bebidas alcoólicas cujo preço tenha sido acordado aquando da celebração do contrato de compra e venda, cuja entrega apenas possa ser feita após um período de 30 dias, e cujo valor real dependa de flutuações do mercado que não podem ser controladas pelo profissional;

h) Fornecimento de gravações áudio ou vídeo seladas ou de programas informáticos selados, a que o consumidor tenha retirado o selo de garantia de inviolabilidade após a entrega;

i) Fornecimento de um jornal, periódico ou revista, com exceção dos contratos de assinatura para o envio dessas publicações;

j) Celebrados em leilão;

k) Fornecimento de alojamento, para fins não residenciais, transporte de bens, serviços de aluguer de automóveis, restauração ou serviços relacionados com atividades de lazer se o contrato prever uma data ou período de execução específicos;

l) Fornecimento de conteúdos digitais não fornecidos em suporte material se:

i) A sua execução tiver início com o consentimento prévio e expresso do consumidor; e

ii) O consumidor reconhecer que o seu consentimento implica a perda do direito de livre resolução; m) Prestação de serviços de reparação ou de manutenção a executar no domicílio do consumidor, a pedido deste.

2 – No caso dos contratos previstos na alínea m) do número anterior, é aplicável o direito de livre resolução relativamente a serviços prestados além dos especificamente solicitados pelo consumidor ou a fornecimento de bens diferentes das peças de substituição imprescindíveis para efetuar a manutenção ou reparação.

Artigo 18º

Pagamento por cartão de crédito ou de débito

1 – O preço dos bens ou serviços, objeto de contratos à distância, pode ser pago através da utilização de qualquer meio de pagamento idóneo, incluindo cartão de crédito ou de débito.

2 – Sempre que haja utilização fraudulenta de um cartão de crédito ou de débito por outrem, o consumidor pode solicitar a anulação do pagamento efetuado e a consequente restituição dos montantes debitados para pagamento.

3 – A restituição a que se refere o número anterior incumbe à entidade bancária ou financeira emissora do aludido cartão, através de crédito em conta ou, caso não seja possível, por qualquer outro meio adequado, no prazo máximo de 60 dias a contar da data em que este formulou fundamentadamente o pedido.

4 – O dever de restituição ao consumidor não prejudica o direito de regresso da entidade bancária ou financeira contra os autores da fraude ou contra o fornecedor do bem ou do serviço, quando se demonstre que este conhecia ou, atentas as circunstâncias do caso, devesse conhecer que tal utilização era fraudulenta.

5 – É nula qualquer disposição contrária ao regime constante dos n.ºs 2, 3 e 4.

Artigo 19º

Execução do contrato celebrado à distância

1 – Salvo acordo em contrário entre as partes, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve dar cumprimento à encomenda no prazo máximo de 30 dias, a contar do dia seguinte à celebração do contrato.

2 – Em caso de incumprimento do contrato devido a indisponibilidade do bem ou serviço encomendado, o fornecedor de bens ou prestador de serviços deve informar o consumidor desse facto e reembolsá-lo dos montantes pagos, no prazo máximo de 30 dias a contar da data do conhecimento daquela indisponibilidade.

3 – Decorrido o prazo previsto no número anterior sem que o consumidor tenha sido reembolsado dos montantes pagos, o fornecedor fica obrigado a devolver em dobro, no prazo de 15 dias úteis, os montantes pagos pelo consumidor, sem prejuízo do seu direito à indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais que possa ter lugar.

4 – O fornecedor pode, contudo, fornecer um bem ou prestar um serviço ao consumidor de qualidade e preço equivalentes, desde que essa possibilidade tenha sido prevista antes da celebração do contrato ou no próprio contrato e o consumidor o tenha consentido expressamente, e aquele informe por escrito o consumidor da responsabilidade pelas despesas de devolução previstas no número seguinte.

5 – Na situação prevista no número anterior, caso o consumidor venha a optar pelo exercício do direito de livre resolução, as despesas de devolução ficam a cargo do fornecedor.

Artigo 20º

Identificação do fornecedor ou seus representantes

1 – As empresas que disponham de serviços de distribuição comercial ao domicílio devem elaborar e manter atualizada uma relação dos colaboradores que, em seu nome, apresentam as propostas, preparam ou concluem os contratos no domicílio do consumidor.

2 – A relação dos colaboradores e os contratos referidos no número anterior devem ser facultados, sempre que solicitados, a qualquer entidade oficial no exercício das suas competências, designadamente à Direção -Geral das Atividades Económicas, à Autoridade da Concorrência e à Autoridade de Segurança Alimentar e Económica (ASAE).

3 – As empresas referidas no nº 1 devem igualmente habilitar os seus colaboradores com os documentos adequados à sua completa identificação, os quais devem ser sempre exibidos perante o consumidor.

Artigo 21º

Conteúdo dos catálogos e outros suportes

1 – Quando o contrato celebrado fora do estabelecimento comercial seja acompanhado ou precedido da divulgação de catálogos, revistas ou qualquer outro meio gráfico ou audiovisual, devem os mesmos conter os seguintes elementos:

- a) Elementos identificativos da empresa fornecedora;
- b) Indicação das características essenciais do bem ou serviço objeto do contrato;
- c) Preço total, forma e condições de pagamento;
- d) Forma, lugar e prazos de entrega dos bens ou da prestação do serviço;
- e) Regime de garantia e de assistência pós -venda quando a natureza do bem o justifique, com indicação do local onde se podem efetuar e para o qual o consumidor possa dirigir as suas reclamações;
- f) Se aplicável, informação sobre a existência do direito de livre resolução com indicação do prazo e modo do seu exercício.

2 – Não se aplica o disposto no número anterior às mensagens publicitárias genéricas que não envolvam uma proposta concreta para aquisição de um bem ou a prestação de um serviço.

CAPÍTULO III

Outras modalidades de venda

Artigo 22º

Venda automática

1 – Para efeitos do disposto no presente capítulo, a venda automática consiste na colocação de um bem ou serviço à disposição do consumidor para que este o adquira

mediante a utilização de qualquer tipo de mecanismo, com o pagamento antecipado do seu preço.

2 – A atividade de venda automática deve obedecer à legislação aplicável à venda a retalho do bem ou à prestação de serviço em causa, nomeadamente em termos de indicação de preços, rotulagem, embalagem, características e condições higio-sanitárias dos bens.

Artigo 23º

Características do equipamento

1 – Todo o equipamento destinado à venda automática de bens e serviços deve permitir a recuperação da importância introduzida em caso de não fornecimento do bem ou serviço solicitado.

2 – No equipamento destinado à venda automática devem estar afixadas, de forma clara e perfeitamente legível, as seguintes informações:

a) Identificação da empresa comercial proprietária do equipamento, com o nome da firma, sede, número da matrícula na conservatória do registo comercial competente e número de identificação fiscal;

b) Identidade da empresa responsável pelo fornecimento do bem ou prestação de serviço;

c) Endereço, número de telefone e contactos expeditos que permitam solucionar, rápida e eficazmente, as eventuais reclamações apresentadas pelo consumidor;

d) Identificação do bem ou serviço;

e) Preço por unidade;

f) Instruções de manuseamento e, ainda, sobre a forma de recuperação do pagamento no caso de não fornecimento do bem ou serviço solicitado.

Artigo 24º

Responsabilidade

Nos casos em que os equipamentos destinados à venda automática se encontrem instalados num local pertencente a uma entidade pública ou privada, é solidária, entre o proprietário do equipamento e o titular do espaço onde se encontra instalado:

a) A responsabilidade pela restituição ao consumidor da importância por este introduzida na máquina, no caso do não fornecimento do bem ou serviço solicitado ou de deficiência de funcionamento do mecanismo afeto a tal restituição, bem como pela entrega da importância remanescente do preço, no caso de fornecimento do bem ou serviço;

b) A responsabilidade pelo cumprimento das obrigações previstas no nº 2 do artigo 23º

Artigo 25º

Vendas especiais esporádicas

1 – Para efeitos do presente capítulo, consideram-se vendas especiais esporádicas as realizadas de forma ocasional fora dos estabelecimentos comerciais, em instalações ou espaços privados especialmente contratados ou disponibilizados para esse efeito.

2 – Às vendas referidas no número anterior aplica-se, com as necessárias adaptações, o disposto nos artigos 10º e 11º

Artigo 26º

Comunicação prévia

1 – As vendas especiais esporádicas ficam sujeitas a comunicação prévia à ASAE.

2 – A comunicação prevista no número anterior deve ser realizada até oito dias antes da data prevista para o início das vendas, através de uma mera comunicação prévia no balcão único eletrónico dos serviços, ou por correio eletrónico enviado para a ASAE, em caso de indisponibilidade do balcão, do qual constem:

- a) Identificação do promotor e da sua firma;
- b) Endereço do promotor; c) Número de inscrição do promotor no Registo Nacional de Pessoas Coletivas;
- d) Identificação dos bens e serviços a comercializar; e) Identificação completa do local onde vão ocorrer as vendas; f) Indicação da data prevista para o início e fim da ocorrência.

CAPÍTULO IV

Práticas proibidas

Artigo 27º

Vendas ligadas

1 – É proibido subordinar a venda de um bem ou a prestação de um serviço à aquisição pelo consumidor de um outro bem ou serviço junto do fornecedor ou de quem este designar.

2 – O disposto no número anterior não se aplica sempre que estejam em causa bens ou serviços que, pelas suas características, se encontrem entre si numa relação de complementaridade e esta relação seja de molde a justificar o seu fornecimento em conjunto.

Artigo 28º

Fornecimento de bens não solicitados

1 – É proibida a cobrança de qualquer tipo de pagamento relativo a fornecimento não solicitado de bens, água, gás, eletricidade, aquecimento urbano ou conteúdos digitais ou a prestação de serviços não solicitada pelo consumidor, exceto no caso de bens ou serviços de substituição fornecidos em conformidade com o nº 4 do artigo 19º

2 – Para efeitos do disposto no número anterior, a ausência de resposta do consumidor na sequência do fornecimento ou da prestação não solicitados não vale como consentimento.

Artigo 29º

Imperatividade

1 – Sem prejuízo do disposto no Decreto-Lei nº 446/85, de 25 de outubro, alterado pelos Decretos-Leis nºs 220/95, de 31 de agosto, 249/99, de 7 de julho, e 323/2001, de

17 de dezembro, são absolutamente proibidas as cláusulas que, direta ou indiretamente, excluam ou limitem os direitos dos consumidores previstos no presente decreto -lei.

2 – Têm-se por não escritas as cláusulas que estabeleçam a renúncia dos consumidores aos direitos previstos no presente decreto-lei, assim como as que estipulem uma indemnização ou penalização de qualquer tipo no caso de o consumidor exercer aqueles direitos.

CAPÍTULO V

Fiscalização, contraordenações e sanções

Artigo 30º

Fiscalização, instrução dos processos e aplicação de coimas

1 – Compete à ASAE, a fiscalização do cumprimento do disposto no presente Decreto-Lei e a instrução dos respetivos processos de contraordenação.

2 – A decisão de aplicação das coimas e sanções acessórias compete ao inspetor -geral da ASAE.

3 – O produto das coimas aplicadas reverte em: a) 60% para o Estado; b) 40% para a entidade que proceder à instrução do processo e à aplicação da respetiva coima.

Artigo 31º

Contraordenações

1 – Constituem contraordenações, quando cometidas por pessoa singular:

a) As infrações ao disposto no artigo 7º, no artigo 8º, no nº 2 do artigo 12º, no nº 1 do artigo 19º, no artigo 20º, e no artigo 23º, sendo puníveis com coima entre 250,00 EUR e 1 000,00 EUR;

b) As infrações ao disposto no artigo 4º, nos nºs 1 a 6 do artigo 5º, no artigo 6º, no artigo 9º, no artigo 10º, no nº 4 do artigo 11º, nos nºs 1, 4, 5 e 6 do artigo 12º, o artigo 21º, no artigo 26º, sendo puníveis com coima entre 400,00 EUR e 2 000,00 EUR;

c) As infrações ao disposto nos nºs 2 e 3 do artigo 19º, no nº 1 do artigo 27º, e no nº 1 do artigo 28º, sendo puníveis com coima entre 500,00 EUR e 3 700,00 EUR.

2 – Constituem contraordenações, quando cometidas por pessoa coletiva:

a) As infrações ao disposto no artigo 7º, no artigo 8º, no nº 2 do artigo 12º, no nº 1 do artigo 19º, no artigo 20º, e no artigo 23º, sendo puníveis com coima entre 1 500,00 EUR e 8 000,00 EUR;

b) As infrações ao disposto no artigo 4º, nos nºs 1 a 6 do artigo 5º, no artigo 6º, no artigo 9º, no artigo 10º, no nº 4 do artigo 11º, nos nºs 1, 4, 5 e 6 do artigo 12º, no artigo 21º, no artigo 26º, sendo puníveis com coima entre 2 500,00 EUR e 25 000,00 EUR;

c) As infrações ao disposto nos nºs 2 e 3 do artigo 19º, no nº 1 do artigo 27º, e no nº 1 do artigo 28º, sendo puníveis com coima entre 3 500,00 EUR e 35 000,00 EUR.

3 – A tentativa e a negligência são puníveis, sendo os limites mínimos e máximos da coima aplicável reduzidos a metade.

Artigo 32º

Sanção acessória

No caso das contraordenações previstas nas alíneas a) e b) dos n.ºs 1 e 2 do artigo anterior, simultaneamente com a coima, pode ser aplicada a sanção acessória de perda de objetos, nos termos previstos na alínea a) do n.º 1 do artigo 21º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro.

CAPÍTULO VI

Disposições finais e transitórias

Artigo 33º

Informação ao consumidor e resolução extrajudicial de litígios

1 – As entidades responsáveis pela aplicação do presente decreto-lei, devem promover ações destinadas a informar os consumidores sobre os direitos que para eles resultam da sua aplicação.

2 – As entidades a que se refere o número anterior devem promover o recurso aos mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos entre profissionais e consumidores, resultantes da aplicação do presente decreto-lei, na aceção da Lei n.º 24/96, de 31 de julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de dezembro, pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de abril, e pela Lei n.º 10/2013, de 28 de janeiro.

3 – As entidades referidas no n.º 1 devem incentivar os profissionais e os titulares de códigos de conduta a informarem os consumidores sobre a existência destes códigos.

Artigo 34º

Norma revogatória

É revogado o Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de abril, alterado pelo Decretos-Leis n.ºs 57/2008, de 26 de março, 82/2008, de 20 de maio, e 317/2009, de 30 de outubro.

Artigo 35º

Entrada em vigor

O presente Decreto-Lei entra em vigor no dia 13 de junho de 2014.

Visto e aprovado em Conselho de Ministros de 5 de dezembro de 2013. – Pedro Passos Coelho – Rui Manuel Parente Chancelerle de Machete – António de Magalhães Pires de Lima.

Promulgado em 7 de fevereiro de 2014.

Publique-se.

O Presidente da República, ANÍBAL CAVACO SILVA.

Referendado em 11 de fevereiro de 2014.

O Primeiro-Ministro, Pedro Passos Coelho.

ANEXO

(a que se refere alínea j) do nº 1 do artigo 4º)

A. Formulário de informação sobre o direito de livre resolução Direito de livre resolução

O consumidor tem o direito de livre resolução do presente contrato no prazo de 14 dias de calendário, sem necessidade de indicar qualquer motivo. O prazo para exercício do direito de livre resolução expira 14 dias a contar do dia seguinte ao dia (1) A fim de exercer o seu direito de livre resolução, tem de nos comunicar (2) a sua decisão de resolução do presente contrato por meio de uma declaração inequívoca (por exemplo, carta enviada pelo correio, fax ou correio eletrónico). Pode utilizar o modelo de formulário de resolução, mas tal não é obrigatório. (3) Para que o prazo de livre resolução seja respeitado, basta que a sua comunicação referente ao exercício do direito de livre resolução seja enviada antes do termo do prazo de resolução.

Efeitos da livre resolução

Em caso de resolução do presente contrato, ser-lhe-ão reembolsados todos os pagamentos efetuados, incluindo os custos de entrega (com exceção de custos suplementares resultantes da sua escolha de uma modalidade de envio diferente da modalidade menos onerosa de envio normal por nós oferecida), sem demora injustificada e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias a contar da data em que formos informados da sua decisão de resolução do presente contrato. Efetuamos esses reembolsos usando o mesmo meio de pagamento que usou na transação inicial, salvo acordo expresso em contrário da sua parte; em qualquer caso, não incorre em quaisquer custos como consequência de tal reembolso

(4)

(5)

(6)

Instruções de preenchimento:

(1) Inserir um dos seguinte textos entre aspas:

a) No caso de um contrato de prestação de serviços ou de um contrato de fornecimento de água, de gás ou de eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, de aquecimento urbano ou de conteúdos digitais que não sejam fornecidos num suporte material: «da celebração do contrato.»;

b) No caso de um contrato de compra e venda: «em que adquire ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquire a posse física dos bens.»;

c) No caso de um contrato em que o consumidor encomendou vários bens numa única encomenda e os bens são entregues separadamente: «em que adquire ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquire a posse física do último bem.»;

d) No caso de um contrato relativo à entrega de um bem constituído por vários lotes ou partes: «em que adquiere ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquiere a posse física do último lote ou da última parte.»;

e) No caso de um contrato de entrega periódica de bens durante um determinado período: «em que adquiere ou um terceiro por si indicado, que não seja o transportador, adquiere a posse física do primeiro bem.».

(2) Inserir aqui o seu nome, endereço geográfico e, eventualmente, número de telefone, número de fax e endereço de correio eletrónico.

(3) Se der ao consumidor a possibilidade de preencher e apresentar por via eletrónica informação sobre a resolução do contrato através do seu sítio Internet, inserir o seguinte: «Dispõe também da possibilidade de preencher e apresentar por via eletrónica o modelo de formulário de livre resolução ou qualquer outra declaração inequívoca de resolução através do nosso sítio Internet [inserir endereço Internet]. Se fizer uso dessa possibilidade, enviar -lhe -emos sem demora, num suporte duradouro (por exemplo, por correio eletrónico), um aviso de receção do pedido de resolução.».

(4) No caso de um contrato de compra e venda em que não se tenha oferecido para recolher os bens em caso de livre resolução, inserir o seguinte: «Podemos reter o reembolso até termos recebido os bens devolvidos, ou até que apresente prova do envio dos bens, consoante o que ocorrer primeiro.».

(5) No caso de o consumidor ter recebido bens no âmbito do contrato, inserir o seguinte:

a) Inserir:

– «Recolhemos os bens.», ou

– «Deve devolver os bens ou entregar-no-los ou a ... [insira o nome da pessoa e o endereço geográfico, se for caso disso, da pessoa que autoriza a receber os bens], sem demora injustificada e o mais tardar 14 dias a contar do dia em que nos informar da livre resolução do contrato. Considera-se que o prazo é respeitado se devolver os bens antes do termo do prazo de 14 dias.»;

b) Inserir:

– «Suportaremos os custos da devolução dos bens.»,

– «Tem de suportar os custos diretos da devolução dos bens.»,

– Se, num contrato à distância, não se oferecer para suportar os custos da devolução dos bens e se estes, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio: «Tem de suportar os custos diretos da devolução dos bens, ... EUR [inserir o montante].»; ou se o custo da devolução dos bens não puder ser razoavelmente calculado antecipadamente: «Tem de suportar os custos diretos da devolução dos bens. Estes custos são estimados em aproximadamente ... EUR [inserir o montante] no máximo.», ou

– Se, num contrato celebrado fora do estabelecimento comercial, os bens, pela sua natureza, não puderem ser devolvidos normalmente pelo correio e tiverem sido entregues no domicílio do consumidor no momento da celebração do contrato: «Recolheremos os bens a expensas nossas.»;

c) «Só é responsável pela depreciação dos bens que decorra de uma manipulação que exceda o necessário para verificar a natureza, as características e o funcionamento dos bens.».

(6) No caso de um contrato de prestação de serviços ou de um contrato de fornecimento de água, gás ou eletricidade, caso não sejam postos à venda em volume ou quantidade limitados, ou de aquecimento urbano, inserir o seguinte: «Se tiver solicitado que a prestação de serviços ou o fornecimento de água/gás/eletricidade/aquecimento urbano [riscar o que não interessa] comece durante o prazo de livre resolução, pagar -nos -á um montante razoável proporcional ao que lhe foi fornecido até ao momento em que nos comunicou a sua resolução do presente contrato, em relação ao conjunto das prestações previstas no contrato.».

B. Modelo de formulário de livre resolução

(só deve preencher e devolver o presente formulário se quiser resolver o contrato)

– Para [inserir aqui o nome, o endereço geográfico e, eventualmente, o número de fax e o endereço de correio eletrónico do profissional]:

– Pela presente comunico/comunicamos (*) que resolvo/ resolvemos (*) do meu/nosso (*) contrato de compra e venda relativo ao seguinte bem/para a prestação do seguinte serviço (*)

– Solicitado em (*)/recebido em (*)

– Nome do(s) consumidor(es)

– Endereço do(s) consumidor(es)

– Assinatura do(s) consumidor(es) (só no caso de o presente formulário ser notificado em papel)

(*) Riscar o que não interessa

JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Relator: Luciano Pinto

Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Relator: Marcos Lincoln

Ementário

Julgados do TJ/PR, do TJ/RS, do TJ/MG, do TJ/DF,
do TJ/SP, do TJ/BA, do TJ/SC, do TRF e do STJ

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 1 (11.03.2014)

“Fica claro que o Código do Consumidor aplica-se, sim, para o convallescimento de lesões sobrevindas a passageiros, em razão do contrato encetado com a empresa aérea, prevalecendo sobre as Convenções de Varsóvia, Haia e Montreal”

Do Tribunal de Justiça de Minas Gerais – Acórdão 1 (17.02.2014)

“Na espécie, são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois os Hospitais são considerados prestadores de serviços (art. 14) e os pacientes considerados consumidores, por serem os destinatários finais desses serviços (art. 2º)”

“A relação entre o hospital e o médico que realiza procedimentos cirúrgicos em suas dependências não precisa ser de emprego para que haja responsabilidade solidária entre eles. Como fornecedor de serviços, o hospital responde civilmente por danos causados aos pacientes, exceto quando restarem comprovadas as circunstâncias excludentes da responsabilidade”

“O simples fato de a paciente adentrar nas dependências do hospital, sob os cuidados dos membros de sua equipe, configura a responsabilidade solidária daquele pelos atos antijurídicos praticados pelos médicos que compõem seu corpo clínico”

ACÓRDÃO 1

PREVALÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR SOBRE O CÓDIGO DE MONTREAL NAS AÇÕES DE DANO MORAL E DANO MATERIAL DECORRENTES DE TRANSPORTE INTERNACIONAL

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **17a. Câm. Cív.**

Relator: **Luciano Pinto**

CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL – ATRASO NOSVOOS–DESPESASIMPOSTAS AOS CONTRATANTES CONSUMIDORES – VIOLAÇÃO AO PATRIMÔNIO MORAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS EXISTENTES – PREVALENCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR SOBRE A CONVENÇÃO DE MONTREAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA. Em casos de viagens aéreas internacionais, ocorrendo atrasos em vôos e suas conexões, obrigando-se a parte a gastos com hospedagem, a violação aos patrimônios moral e material se configura e diante do fato de a empresa aérea não demonstrar a ocorrência do caso fortuito, por ela alegado, bem como em razão de o Código do Consumidor prevalecer sobre a Convenção de Montreal, conforme entendimento pretoriano, deve-se condenar a empresa aérea no ressarcimento das despesas que configuraram o dano material, bem como em indenização por dano moral.

ACÓRDÃO: 1.0024.10.273588-3/001

ANO: 2010 DATA: 27/02/2014

ÓRGÃO JULGADOR: 17a. CÂM. CÍV.

DATA DA PUBLICAÇÃO: 11/03/2014

RELATOR: LUCIANO PINTO

APELANTE: TAP PORTUGAL LINHAS AÉREAS

APELADO: G. M. F. E OUTROS

EMENTA:

CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL – ATRASO NOSVOOS–DESPESASIMPOSTAS AOS CONTRATANTES CONSUMIDORES – VIOLAÇÃO AO PATRIMÔNIO MORAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS EXISTENTES – PREVALENCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR SOBRE A CONVENÇÃO DE MONTREAL – INDENIZAÇÃO DEVIDA. Em casos de viagens aéreas internacionais, ocorrendo atrasos em vôos e suas conexões, obrigando-se a parte a gastos com hospedagem, a violação aos patrimônios moral e material se configura e diante do fato de a empresa aérea não demonstrar a ocorrência do caso fortuito, por ela alegado, bem como em razão de o Código do Consumidor prevalecer sobre a Convenção de Montreal, conforme entendimento pretoriano, deve-se condenar a empresa aérea no ressarcimento das despesas que configuraram o dano material, bem como em indenização por dano moral.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO INTERNACIONAL – ATRASO NOSVOOS–DESPESASIMPOSTAS AOS CONTRATANTES CONSUMIDORES – VIOLAÇÃO AO PATRIMÔNIO MORAL – DANOS MATERIAIS E MORAIS EXISTENTES – PREVALENCIA DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR SOBRE A CONVENÇÃO DE MONTREAL –

INDENIZAÇÃO DEVIDA. Em casos de viagens aéreas internacionais, ocorrendo atrasos em vôos e suas conexões, obrigando-se a parte a gastos com hospedagem, a violação aos patrimônios moral e material se configura e diante do fato de a empresa aérea não demonstrar a ocorrência do caso fortuito, por ela alegado, bem como em razão de o Código do Consumidor prevalecer sobre a Convenção de Montreal, conforme entendimento pretoriano, deve-se condenar a empresa aérea no ressarcimento das despesas que configuraram o dano material, bem como em indenização por dano moral.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 17ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

DES. LUCIANO PINTO

RELATOR.

DES. LUCIANO PINTO
(RELATOR)

VOTO

(...) e seu marido (...), ambos qualificados na inicial, ajuizaram Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais contra TAP Portugal Linhas Aéreas.

Narraram ter contratado com a ré transporte aéreo nos trechos Confins/MG-Lisboa e, sucessivamente, Lisboa-Barcelona, bem como o sentido inverso, nos mesmos trechos, com saída em 25/09/2010, às 22h55min e chegada em Lisboa em 26/09/2010, às 12h10min e partida de Lisboa em 26/09/2010, às 16h20min e chegada à Barcelona em 26/09/2010, às 19h10min.

Ocorreu atraso no primeiro vôo, no trecho Confins-Lisboa, que, em vez de

decolar às 22h55min do dia 25/09/2010 o fez às 07h45min do dia 26/09/2010, o que provocou problemas na escala, de modo que, o vôo de Lisboa para Barcelona, previsto para 16h20min do dia 26/09/2010 partiu no dia 27/09/2010 às 08h25min.

Igualmente, no caminho de volta, no trecho inverso, houve atraso nos vôos.

Disseram os autores que seu constrangimento se deu também sucessivamente, tiveram de se hospedar em um “motel”, quando do primeiro trecho de vôo e com o atraso na primeira conexão, no trecho Lisboa-Barcelona, ficaram sem acesso à bagagem por quase 24h, perambulando no aeroporto, sem informações adequadas e sem hospedagem.

Tiveram despesas extras, com hospedagem, alimentação e transporte, que não foram reembolsadas pela ré.

Ressaltaram ter sofrido danos materiais, relativos aos gastos que fizeram com hospedagem e alimentação e taxi, bem como danos morais, configurados pelo desgaste psíquico sobrevivendo.

Pediram a condenação da ré no pagamento dos ditos danos materiais e morais.

Juntaram documentos.

Citada, a ré compareceu à audiência conciliatória, que teve lugar a f. 39, sem êxito e por isso apresentou contestação, juntada a f. 51/72.

Em sua defesa, a ré iniciou dizendo que a aeronave que faria o vôo TP138, no trecho inicial, com destino a Lisboa, necessitou de manutenção, em razão de problemas técnicos, por isso que o vôo foi reprogramado para a manhã do dia seguinte, tudo conforme as normas internacionais de segurança.

Disse que a segurança é item essencial dos serviços que presta de modo que o problema técnico então superveniente, não lhe pode ser imputado, para configurar culpa na sua relação contratual com os autores.

Quanto ao atraso do voo, no caminho inverso, em 30/09/2010, no trecho Barcelona-Lisboa, este se deu por medida de reengenharia de tráfego aéreo, tudo visando maior segurança, em razão do grande número de vôos naquela rota, em questão fora de sua vontade.

Quanto ao trecho de volta Lisboa-Confins, disse ter autorizado os autores a remarcar o seu voo, sem custo adicional.

Assim, disse que os autores adiaram a volta em dois dias, por sua espontânea vontade.

Destacou a ré suas qualidades, assinalando ser líder na operação entre a Europa e o Brasil, em razão da qualidade de seus serviços, de modo que entrou a negar qualquer omissão ou negligência sua e observou que os fatos se deram com alheamento de sua vontade, configurando caso fortuito, o que implica exclusão de responsabilidade, a seu aviso.

Indicou as normas e arestos em prol de seus argumentos, impugnou a pretensão dos autores, disse sobre a impossibilidade de inversão dos ônus da prova, bem como sobre a aplicabilidade da Convenção de Montreal, no caso presente, com prevalência de tal plexo normativo sobre o Código do Consumidor.

Requeru a improcedência da demanda.

Houve impugnação à contestação, a f. 74/75.

Ambas as partes se manifestaram, a f. 77e78, respectivamente, quando disseram

não ter outras provas a produzir e com isso veio a sentença, a f. 81/85, que julgou procedente o pedido e condenou a ré a pagar aos autores danos morais no importe de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos Reais), bem como também condenou a ré a ressarcir aos autores os valores gastos com hospedagem, valores esses indicados na sentença e que foram, respectivamente, de R\$ 137,50 (cento e trinta e sete Reais e cinquenta centavos) e R\$ 228,25 (duzentos e vinte e oito reais e vinte e cinco centavos), com correção monetária e juros.

Condenou ainda a ré em ônus de sucumbência.

Houve apelação da ré, a f. 87/117, na qual ela voltou ao tema da excludente de responsabilidade, ao argumento de superveniência de problemas técnicos operacionais que impuseram os atrasos, ao influxo de normas internacionais de segurança de voo, de modo que ocorreu caso fortuito, alheio à sua vontade.

Discorreu sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, que prevê a hipótese de ocorrência de motivo de força maior, como excludente de responsabilidade e transcreveu doutrina e jurisprudência em seu prol.

Verberou o montante da condenação porque reputou ausentes os motivos jurídicos que impusessem a mesma condenação e adiante disse que a Convenção de Montreal não prevê indenização por danos morais e tal convenção deve prevalecer.

Alternativamente pediu a redução do montante da indenização por danos morais, reputando excessivo o valor de R\$ 12.500,00 e, ainda, considerou excessivo o percentual de 20% aplicado sobre o valor da condenação, a título de honorários advocatícios.

Terminou batendo-se pela prevalência da Convenção de Montreal sobre a legislação comum, sobretudo o Código do Consumidor e assim pediu o provimento de sua apelação, com a improcedência da demanda e alternativamente pediu o decote da condenação por danos materiais e a redução do montante da indenização por danos morais.

O apelo foi contrarrazoado, f. 119/124. É o relatório.

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, conheço do recurso.

Estou que não tem razão a apelante.

A relação contratual entre as partes restou incontroversa.

Os atrasos nos vôos também restaram sem refutação.

A ré tentou argumentar, no sentido de que tais atrasos não se deram por culpa sua, mas, sim, por supervenientes problemas técnicos operacionais, bem como medidas de reengenharia de tráfego.

Ora, ao levantar tais argumentos que, em tese, poderiam implicar exclusão de sua responsabilidade, a ré deveria demonstrá-los, é dizer, deveria comprovar a ocorrência tanto dos alegados problemas técnicos quanto da suposta norma da reengenharia de tráfego aéreo, ou, mesmo, uma simples ordem de serviço ou documento outro que demonstrasse sua existência, no que tocasse à alteração dos horários de voo por motivos de tal reengenharia.

Contudo, em tal sítio, a ré nada fez. Limitou-se a argumentar. No momento em que foi indagada sobre produção de provas ela veio expressamente aos autos, a f. 78, para dizer que não tinha outras provas a produzir.

Nada provando, de seus argumentos, a ré, por si mesma, os tornou inconsistentes.

O segundo tema nuclear da defesa da ré é o de que a Convenção de Montreal haveria de prevalecer sobre o Código do Consumidor.

Ora, o Código do Consumidor é aplicável em toda sua extensão a casos que tais.

Os repertórios de jurisprudência estão refertos de arestos em tal sentido. O assunto é pacificado. A sentença bem o identificou e inclusive transcreveu dois precedentes do STJ, como se vê a f. 83, de modo que nem mesmo se torna necessário citar mais precedentes.

Fica claro, pois, que o Código do Consumidor aplica-se, sim, para o convalhecimento de lesões sobrevindas a passageiros, em razão do contrato encetado com a empresa aérea, prevalecendo sobre as Convenções de Varsóvia, Haia e Montreal.

Adiante, isso de dizer que os apelados resolveram demorar-se na remarcação do voo de volta, por mera vontade deles, não é de ser acolhido como argumento de concretude jurídica, porque a apelante deveria ter provado a oferta de voo imediato, mas não o fez.

Mais além, a pretensão de decote de danos materiais é descabida, porque eles restaram documentalmente provados, como se vê a f. 20/22.

Quanto ao valor dos danos morais, é de assinalar que o montante de R\$ 12.500,00 (doze mil e quinhentos Reais), fixado na sentença foi até mesmo módico, haja vista que esta Câmara, na hipótese de mera inserção de nome do consumidor em cadastro de restrição de crédito, fixa valor de condenação por danos morais em montante mais ou menos equivalente a vinte salários mínimos, montante esse maior do que aquele

fixado na sentença, desta demanda e de resto, a violação do patrimônio moral ocorrida. No contexto de uma viagem turística, é sempre de natureza a prejudicar a própria viagem e toda a disposição anímica que a precede e a acompanha. Assim, o valor fixado na sentença se revelou, repita-se, módico.

Nesse contexto, nego provimento ao recurso.

DESA. MÁRCIA DE PAOLI BALBINO (REVISORA) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. EVANDRO LOPES DA COSTA TEIXEIRA – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: “RECURSO NÃO PROVIDO.”

ACÓRDÃO 2

RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DE HOSPITAL DEVIDO À NEGLIGÊNCIA DE MÉDICO

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **11a. Câm. Cív.**

Relator: **Marcos Lincoln**

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FUNDAÇÃO HOSPITALAR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. ERRO MÉDICO. ART. 14, *CAPUT* E § 4º, DO CDC. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1) É desnecessária a intervenção do Ministério Público, ainda que a ação seja movida em face de uma fundação, se não houver interesse público. 2) A responsabilidade civil do hospital na prestação de serviços médicos é objetiva, segundo o *caput* do art. 14 do CDC. 3) O hospital responde objetiva e solidariamente pelos atos negligentes causados por médico nas suas dependências. 4)

A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteados pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor.

ACÓRDÃO: 1.0637.08.060250-0/001

ANO: 2008 DATA: 12/02/2014

ÓRGÃO JULGADOR: 11a. CÂM. CÍV.

DATA DA PUBLICAÇÃO: 17/02/2014

RELATOR: MARCOS LINCOLN

APELANTE: HOSPITAL FUND CASA CARIDADE SAO LOURENCO E OUTRO

APELADO: OS MESMOS

EMENTA:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FUNDAÇÃO HOSPITALAR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. ERRO MÉDICO. ART. 14, *CAPUT* E § 4º, DO CDC. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1) É desnecessária a intervenção do Ministério Públi-

co, ainda que a ação seja movida em face de uma fundação, se não houver interesse público. 2) A responsabilidade civil do hospital na prestação de serviços médicos é objetiva, segundo o *caput* do art. 14 do CDC. 3) O hospital responde objetiva e solidariamente pelos atos negligentes causados por médico nas suas dependências. 4) A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor.

ÍNTEGRA DO ACÓRDÃO:

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FUNDAÇÃO HOSPITALAR. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. ERRO MÉDICO. ART. 14, *CAPUT* E § 4º, DO CDC. NEGLIGENCEIA NO ATENDIMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1) É desnecessária a intervenção do Ministério Público, ainda que a ação seja movida em face de uma fundação, se não houver interesse público. 2) A responsabilidade civil do hospital na prestação de serviços médicos é objetiva, segundo o *caput* do art. 14 do CDC. 3) O hospital responde objetiva e solidariamente pelos atos negligentes causados por médico nas suas dependências. 4) A quantificação do dano moral obedece ao critério do arbitramento judicial, que, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, fixará o valor, levando-se em conta o caráter compensatório para a vítima e o punitivo para o ofensor.

Vistos etc., acorda, em Turma, a 11ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na conformidade da ata dos julgamentos em REJEITAR A PRELIMINAR, NEGAR PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.

DES. MARCOS LINCOLN

RELATOR.

DES. MARCOS LINCOLN
(RELATOR)

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos pelo HOSPITAL DA FUNDAÇÃO CASA DE CARIDADE SÃO LOURENÇO e por (...) E OUTRO da sentença de fls. 283/290, proferida nos autos da “Ação de Reparação de Danos Morais e Materiais por Incidência de Responsabilidade Hospitalar por Erro Médico” que os segundos apelantes movem em face do primeiro, que julgou procedentes os pedidos iniciais e condenou o réu ao pagamento de R\$ 54.240,00 (cinquenta e quatro mil, duzentos e quarenta reais) a título de indenização por danos morais e R\$ 903,68 (novecentos e três reais e sessenta e oito centavos) a título de reparação por danos materiais, condenando-o também a pagar as custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$ 600,00 (seiscentos reais).

Nas razões recursais (fls. 293/300), suscitou o réu-primeiro apelante, em sede preliminar, que o processo seria nulo diante da ausência de participação do Ministério Público. No mérito, alega que não pode ser responsabilizado pelo falecimento da filha dos autores decorrente de complicações no trabalho de parto, tendo em vista que a própria mãe se recusou a ser atendida pelo obstetra

de plantão e solicitou o atendimento de seu médico, Dr. (...), cuja demora acabou por resultar no falecimento da criança, conforme já restou apurado em processo criminal.

Já os autores- segundos apelantes pedem a reforma da sentença para que seja majorado o valor da indenização por danos morais e o valor dos honorários advocatícios.

Contrarrazões dos autores às fls. 310/314.

Contrarrazões do réu às fls. 324/327.

É o relatório.

Tendo em vista a identidade das matérias tratadas nas apelações, passo à análise conjunta dos recursos.

Inferi-se dos autos que os autores- segundos apelantes ajuizaram a presente ação, objetivando a reparação pelos danos materiais e morais que alegam ter sofrido em razão da deficiência na prestação de serviços hospitalares pelo réu, que acabou por resultar no falecimento de sua filha.

Narraram que, ao buscarem atendimento no hospital réu, ora apelado, quando a autora (...) estava em trabalho de parto, solicitaram que o atendimento fosse realizado pelo Dr. (...), que já a acompanhava.

Alegaram que a autora foi examinada superficialmente pelas enfermeiras, as quais entraram em contato com referido médico, que informou que ficaria em casa até a hora do parto.

Afirmaram que, desde a internação até o momento do parto, a autora sofreu fortes dores, tendo insistido, em vão, pela presença de um médico, restando constatado que houve “deslocamento de placenta”, o que ocasionou o falecimento do recém nascido.

Como relatado, o juiz de primeiro grau, por meio da sentença, julgou procedentes

os pedidos iniciais e condenou o réu ao pagamento de R\$ 54.240.00 (cinquenta e quatro mil, duzentos e quarenta reais) a título de indenização por danos morais e R\$ 903,68 (novecentos e três reais e sessenta e oito centavos a título de reparação por danos materiais.

Esses são os fatos.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO

Suscitou o réu-primeiro apelante preliminar de nulidade do processo, em razão da falta de intervenção do Ministério Público.

Em que pese o art. 66 do Código Civil estabelecer como obrigação do Ministério Público Estadual velar pelas fundações, tem-se que sua intervenção nos feitos em que estiver presente em um dos pólos uma fundação somente é indispensável quando houver debate sobre questão de interesse público.

Nesse sentido:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. FUNDAÇÃO DE DIREITO PRIVADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RESCISÃO IMOTIVADA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. APLICAÇÃO DO ART. 603 DO CÓDIGO CIVIL. Versando a demanda sobre questão meramente negocial, alheia aos fins que nortearam a criação da fundação, não necessita ser fiscalizada pelo Ministério Público, não gerando sua nulidade a ausência de intervenção do órgão ministerial no processo. Rescindido sem justa causa o contrato de prestação de serviços, com prazo determinado, possui o contratado direito ao recebimento de metade do que lhe tocava até

o termo final do contrato, nos exatos termos do art. 603 do Código Civil.” (Apelação Cível 1.0693.08.074562-5/001, Relator(a): Des. (a) Duarte de Paula, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 12/05/2010, publicação da súmula em 31/05/2010)

“FUNDAÇÃO PRIVADA – MINISTÉRIO PÚBLICO – INTERVENÇÃO – DESNECESSIDADE – AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO PARQUET – NULIDADE – NÃO OCORRÊNCIA. Somentemente haverá nulidade do processo decorrente da falta da intimação do órgão ministerial, quando a lei considerar obrigatória a intervenção, por força do disposto no art. 84 do Código de Processo Civil. Ainda que figure uma fundação como parte no processo, é despcienda a intervenção do Ministério Público, quando a relação jurídica em debate for de natureza puramente privada, não sendo possível identificar qualquer interesse público a exigir a participação do órgão ministerial.” (Agravado de Instrumento 1.0024.01.016129-7/001, Relator(a): Des. (a) Elias Camilo, 14ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/12/2006, publicação da súmula em 12/01/2007)

No caso dos autos, em que se discute a responsabilidade do réu pelos danos decorrentes de erro médico, não se vislumbra interesse público que justifique a intervenção do Ministério Público.

Portanto, rejeito a preliminar.

MÉRITO

Inicialmente, cumpre destacar que, na espécie, são aplicáveis as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois os Hospitais são considerados prestadores de serviços (art. 14) e os pacientes considerados consumidores, por serem os destinatários finais desses serviços (art. 2º).

De acordo com o *caput* do art. 14 da Lei nº 8.078/90 (CDC), trata-se, assim, de responsabilidade objetiva, que independe da existência de culpa, caracterizando-se desde que haja a presença de um dano ao consumidor.

No caso dos autos, conforme restou apurado no Exame de Corpo de Delito (fls. 22/25) realizado pelo Instituto Médico Legal, a autora “permaneceu entre 02:42 e 05:30 horas do dia 07/09/2004, em internação hospitalar e sem assistência médica” (*sic* – fl. 25), o que impediu que fosse diagnosticado o “deslocamento da placenta” e evitado o “sofrimento fetal agudo”.

Em razão de tais complicações ocorridas durante o trabalho de parto, a criança L. T. A. N. teve que passar por “massagem cardíaca”, “entubação oro-traqueal”, “cateterismo umbilical” e foi diretamente encaminhada à UTI Neonatal (fls.252/253).

Em 04/04/2005, a criança faleceu em decorrência de uma parada cardiopulmonar (fl. 16).

Em depoimento colhido no inquérito policial nº 248/2005, o médico (...), que estava de plantão no dia do parto, afirmou que “a criança ficou com uma seqüela neurológica em virtude da falta de oxigenação periparto” (fl. 95).

Diante de tais fatos, apurados nos autos, não restam dúvidas de que o falecimento da criança decorreu de complicações no parto da autora, as quais poderiam ser evitadas pelo devido atendimento médico.

Ainda que alegue o réu-apelado que referidos danos foram causados somente pela demora do médico, o qual foi indicado pelos próprios autores como profissional de confiança, a responsabilidade do hospital é objetiva, pelo que responde solidariamente pelos danos causados ao paciente, quando

caracterizada a conduta culposa e ilícita do médico, que demorou a prestar o atendimento.

E nem se alegue a necessidade de se perquirir sobre a situação funcional do profissional da medicina perante o hospital, porquanto a jurisprudência deste Tribunal é unânime em reconhecer a responsabilidade solidária nos casos desse jaez:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO ESQUECIMENTO DE CORPO ESTRANHO NO ORGANISMO DA PACIENTE. NEXO DE CAUSALIDADE E DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COMPROVAÇÃO. HOSPITAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESTADOR DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE VÍNCULO DE EMPREGO. IRRELEVÂNCIA. SOLIDARIEDADE. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A relação entre o hospital e o médico que realiza procedimentos cirúrgicos em suas dependências não precisa ser de emprego para que haja responsabilidade solidária entre eles. Como fornecedor de serviços, o hospital responde civilmente por danos causados aos pacientes, exceto quando restarem comprovadas as circunstâncias excludentes da responsabilidade...” (TJMG. 10ª Câmara Cível. Apelação nº 1.0245.06.084104-7/001, Rel. Des. Pereira da Silva, DJe: 16/10/2009 – ementa parcial).

E mais,

“AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA E ILEGITIMIDADE PASSIVA REFUTADAS. ATENDIMENTO HOSPITALAR EM FACE DE ATROPELAMENTO EM VIA URBANA. NEGLIGÊNCIA NO DIAGNÓSTICO. FRATURAS CONSTATADAS APÓS CONSOLIDAÇÃO ÓSSEA. RESPON-

SABILIDADE DO HOSPITAL. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. DANOS MATERIAIS. INVIABILIDADE. DESPESAS PROCESSUAIS BEM DISTRIBUÍDAS. (...) 2- O simples fato de a paciente adentrar nas dependências do hospital, sob os cuidados dos membros de sua equipe, configura a responsabilidade solidária daquele pelos atos antijurídicos praticados pelos médicos que compõem seu corpo clínico”. (TJMG. 13ª Câmara Cível. Apelação nº 1.0024.02.838103-6/001. Rel. Des. Francisco Kupidowski, DJe: 02/03/2009 – ementa parcial).

Dessa forma, não se afasta a responsabilidade do hospital réu-apelado diante da alegação de conduta negligente do médico, uma vez que sua responsabilidade é solidária.

Ainda que não o fosse, não se pode admitir que um estabelecimento hospitalar realize a internação de uma paciente, em trabalho de parto, e deixe-a, por horas, sem qualquer acompanhamento, o que, sem dúvida, configura ato ilícito.

Quanto aos danos morais, não há a menor dúvida quanto à sua configuração, diante do imenso sofrimento e abalo da paz interior dos autores-segundos apelantes, não demandando maiores gastos dialéticos.

Por conseguinte, sendo incontestado o dano moral causado aos autores, mister analisar o *quantum* fixado em primeira instância.

A quantificação do dano moral permanece a cargo da doutrina e da jurisprudência, predominando no Direito Brasileiro o critério do arbitramento judicial (art. 944 CC), tendo em conta que a reparação do dano moral tem duplo caráter: compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.

Neste sentido, vejamos os ensinamentos de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA:

“A – de um lado, a idéia de punição ao infrator, que não pode ofender em vão a esfera jurídica alheia...;

B – de outro lado proporcionar a vítima uma compensação pelo dano suportado, pondo-lhe o ofensor nas mãos uma soma que não é *pretium dolores*, porém uma ensanча de reparação da afronta...” (Instituições de Direito Civil, V, II, Ed. Forense, 16ª ed., 1.998, pág. 242).

A fixação deve ocorrer com prudente arbítrio, para que não haja enriquecimento à custa do empobrecimento alheio, mas também para que o valor não seja irrisório, notadamente considerando a gravidade do dano sofrido pelas partes, consubstanciado na perda de uma filha.

As decisões de nossos tribunais têm assentado o entendimento de que:

“A indenização por dano moral é arbitrável, mediante estimativa prudencial que leve em conta a necessidade de, com a quantia, satisfazer a dor da vítima e dissuadir, de igual e novo atentado, o autor da ofensa” (RT 706/67).

“A indenização haverá de ser suficientemente expressiva para compensar a vítima pelo sofrimento, tristeza ou vexame sofrido e penalizar o causador do dano, levando em conta ainda a intensidade da culpa e a capacidade econômica dos ofensores” (COAD, Bol. 31/94, p. 490, nº 66.291).

“Para a fixação do dano moral o julgador pode usar de certo arbítrio, devendo, porém, levar em conta as condições pessoais do ofendido e do ofensor” (RJTJRS, 127/411).

Portanto, atento ao princípio da prudência e às peculiaridades do caso *sub*

judice, já apontadas, ausente o critério objetivo de fixação da verba indenizatória por danos morais e levando-se em conta outros julgamentos já proferidos por esta Câmara, inclusive, em processos que relatei, versando sobre a justa quantificação dos danos morais, hei por bem manter o valor arbitrado pelo MM. Juiz, qual seja R\$ 54.240.00 (cinquenta e quatro mil, duzentos e quarenta reais), quantia que não configura uma premiação, nem mesmo uma importância insuficiente para concretizar a pretendida reparação civil.

Por derradeiro, com relação aos honorários advocatícios, considerando o valor da condenação em primeira instância, entendo que o montante de R\$ 600,00 (seiscentos reais) fixado pelo Juiz não observou corretamente o disposto no § 3º do art. 20 do CPC.

Por tal motivo, fixo os honorários em 10% do valor da condenação.

CONCLUSÃO

Com essas considerações, REJEITO A PRELIMINAR, NEGO PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DOU PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO, somente para fixar os honorários advocatícios em 10% do valor da condenação, mantendo, quanto ao mais, a sentença recorrida.

Custas recursais, na forma da lei.

DES. WANDERLEY PAIVA (REVISOR) – De acordo com o(a) Relator(a).

DES. ALEXANDRE SANTIAGO – De acordo com o(a) Relator(a).

SÚMULA: “REJEITARAM A PRELIMINAR, NEGARAM PROVIMENTO AO PRIMEIRO RECURSO E DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO SEGUNDO.”

EMENTÁRIO

1) Atraso na entrega de mercadoria comprada na internet gera dano moral em decorrência da má prestação do serviço

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **1a. T. Rec.**

Relator: **Ana Paula Kaled Accioly**

Rodrigues da Costa

Recurso inominado. Consumidor. Ação de indenização por danos morais. Compra pela internet. Aquisição de câmera fotográfica - R\$ 2.599,00. Atraso na entrega da mercadoria. Após um mês do prazo o produto ainda não havia sido entregue. Fato que levou o autor a cancelar a compra e alugar outra câmera por três dias para trabalhar em eventos pré-agendados. Fato incontroverso. Sentença singular de procedência para condenar a reclamada a pagar R\$ 200,00 a título de restituição do valor do aluguel de outra câmera fotográfica e R\$ 4.000,00 a título de danos morais para cada um dos autores. Inconformismo recursal da reclamada sob o fundamento de que o mero descumprimento contratual não gera dano moral ou redução do quantum indenizatório fixado em R\$ 8.000,00. Improcedência. Compra/venda pela internet. Código de defesa do consumidor. Falha na prestação de serviço - Artigo 14 do CDC. Enunciado 8.1 TJ/PR. Mercadoria não entregue. Dano moral configurado. Valor da indenização fixado em R\$ 4.000,00 para cada um dos autores que deve ser mantido. Sentença singular mantida pelos próprios fundamentos - Artigo 46, Lei 9.099/95. A relação entre a demandante e o autor é de consumo, na forma do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, de tal modo que responde a ré de forma objetiva pelos danos perpetrados ao autor decorrentes de defeitos

na prestação do serviço. Precedentes desta Corte. Dano moral comprovado. -In casu-, o simples descumprimento contratual por parte da ré, com a frustração da expectativa do autor quanto à aquisição da mercadoria, seria fato suficiente para gerar abalo moral indenizável. Soma-se a isso a demora excessiva na entrega que culminou no cancelamento da compra tendo o autor que alugar outro equipamentos para trabalhar em três eventos pré-agendados. Recurso conhecido e desprovido. (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0042045-39.2012.8.16.0014/0 - Comarca de Londrina - 1a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Des. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa - Fonte: DJ, 26.03.2013).

2) Fornecedor de produto de consumo tem responsabilidade solidária pelo vício de qualidade ou quantidade que o torne impróprio ou inadequado

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **18a. Câmara Cív.**

Relator: **Mota e Silva**

Ação de indenização por danos materiais - compra e venda de notebook - defeito no produto - envio à assistência técnica - necessidade de locação de um notebook para desempenhar atividades laborais - responsabilidade solidária do comerciante - dever de restituição da quantia despendida com o aluguel - manutenção da sentença - recurso a que se nega provimento - A teor do disposto no art. 18, do CDC, o fornecedor de produtos de consumo responde solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo ou lhes diminuam o valor. - Restou demonstrado nos autos que o autor despendeu valores ao alugar um notebook para realizar suas atividades laborais, uma vez que o notebook adquirido perante a Apelante

possuía defeitos e foi enviado à assistência técnica. - Deve a parte ré restituir ao autor os danos materiais por ele sofridos posto que é fato incontroverso a existência do vício no produto. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0145.08.437921-6/002 - Comarca de Juiz de Fora - 18a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Mota e Silva - j. em 19.02.2013 - Fonte: DJ, 25.02.2013).

3) Não cabe indenização pela anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, quando já existente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **1a. T. Rec.**

Relator: **Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa**

Recurso inominado. Ação de indenização por danos morais. Inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito. Nome do autor utilizado indevidamente por falsários para celebrar contrato de locação em Itajaí/SC e assinar promissórias, bem como para cometer outros ilícitos no rio de janeiro em São Paulo, locais que jamais residiu. Sentença singular de procedencia para declarar a inexigibilidade da dívida e condenar a reclamada a indenizar o autor em R\$ 3.000,00 a titulo de danos morais. Inconformismo recursal sob a alegação de que as assinaturas nos documentos são bem parecidas e demonstram que o autor tinha conhecimento da dívida e do contrato de locação celebrado por seu genro; existencia de inscrição anteriores. Inaplicabilidade da sumula 385 do STJ - inscrições que estao sendo discutidas judicialmente (evento 12). Semelhança de assinaturas - procedencia. Necessidade de perícia grafotécnica para averiguação - incompetência dos juizados

- especiais - declaração de ofício. Extinção da demanda sem julgamento do mérito nos termos do artigo 51, II da lei 9.099/95. Recurso conhecido e provido. (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0025783-14.2012.8.16.0014/0 - Comarca de Londrina - 1a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Desa. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa - Fonte: DJ, 26.03.2013).

4) Atraso no conserto de veículo enseja dano material e moral

Tribunal: **TJ/DF**

Órgão Julgador: **2a. T. Cív.**

Relator: **Aiston Henrique de Sousa**

Juizados especiais. Atraso no conserto de veículo. Prazo de 60 (sessenta) dias. Veículo na garantia. Dano material e moral devidos. 1. Se o prazo para conserto do veículo novo, no prazo de garantia, ultrapassa os 30 (trinta) dias chegando ao dobro, 60 (sessenta) dias, verifica-se lesão a direito apta a causar danos de ordem material e moral. 2. Precedente: acórdão n. 483444, 20080110701100apc, relator Flavio Rostirola, 1a. Turma cível, julgado em 16/02/2011, DJ 01/03/2011 p. 113 3. Recurso conhecido e provido para condenar as rés ao pagamento dos danos materiais no valor de R\$ 1.550,00 (mil, quinhentos e cinquenta reais), pelo aluguel do veículo substituto e R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais) pelo dano moral decorrente da espera, frustração de expectativa do consumidor. Valor fixado com ênfase ao caráter punitivo do dano moral. 4. Sem honorários. (TJ/DF - Ap. Cível n. 2012 07 1 001451-2- 2a. T. Cív. - por maioria - Rel.: Des. Aiston Henrique de Sousa - j. em 28.08.2012 - Fonte: DJ, 05.03.2013).

5) Multa de 100% do valor total do contrato caracteriza-se como cláusula abusiva

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **1a. T. Rec.**

Relator: **Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa**

Recurso inominado. Cobrança de multa contratual c/c indenização por danos morais. Arrendamento de estabelecimento comercial para estudo de pilates. Mudança das aulas para local diverso há um km do arrendado, antes do término do contrato. Sentença singular de parcial procedencia. Condenação da reclamada ao pagamento de multa a razão de 100% do valor do contrato - R\$ 12.000,00. Inconformismo recursal. Alegação em síntese: que o contrato foi substancialmente cumprido (oito meses do contrato de 12 meses) motivo pelo qual deve ser observado o artigo 413 do Código Civil; que continuou a atender os alunos na clínica da autora; que a entrega das chaves ocorreram após o término do contrato com todos os pagamentos efetuados; livre concorrência. Procedencia. Termo de entrega do local ao final de 12 meses da locação - Evento 16. Multa de 100% do valor total do contrato - Abusividade. Ausência de prova dos prejuízos alegados pela reclamante - Artigo 333, I, do CPC. Condenação afastada. Sentença singular reformada. Recurso conhecido e provido. (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0004238-70.2012.8.16.0018/0 - Comarca de Maringá - 1a. T. Rec. - ac. unân. - Rel.: Des. Ana Paula Kaled Accioly Rodrigues da Costa - Fonte: DJ, 04.02.2013).

6) Instituição financeira responde pelo dano material e moral sofrido pelo autor, por ter promovido desconto direto no contracheque, de empréstimo não contratado

Tribunal: **TRF - 1a. Reg.**

Órgão Julgador: **4a. T. Suplementar**

Relator: **Rodrigo Navarro de Oliveira**

Constitucional. Civil. Consumidor. Processual civil. Responsabilidade civil objetiva. CEF. Débitos não autorizados no contracheque do autor. Defeito na prestação de serviço. Indenização por danos materiais e morais. Devida. Quantum indenizatório. Honorários advocatícios. 1. “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (art. 37, § 6º, CF/88). 2. A instituição financeira responde pelos danos materiais e morais sofridos pelo autor, em razão de ter promovido o desconto, direto no contracheque do autor, de parcelas de empréstimo por ele não contratado e que deveriam ser descontadas na conta de poupança de sua ex-esposa, tomadora do empréstimo, conforme pactuado, ficando o autor privado, indevidamente, de parcela significativa de sua renda. 3. É devida indenização por dano material em valor equivalente aos valores que foram indevidamente descontados do contracheque do autor, nos termos do art. 884 do Código Civil, sob pena de enriquecimento sem causa da instituição financeira, a ser apurado em fase de liquidação de sentença. 4. O dano moral decorre, no caso, da situação de constrangimento, angústia e

dor causados pelos descontos indevidos das parcelas de empréstimo tomado por terceira pessoa diretamente no contracheque do autor, reduzindo-o sobremaneira sua renda líquida. 5. A “reparação de danos morais ou extra patrimoniais, deve ser estipulada ‘cum arbitrio boni iuri’, estimativamente, de modo a desestimular a ocorrência de repetição de prática lesiva; de legar à coletividade exemplo expressivo da reação da ordem pública para com os infratores e compensar a situação vexatória a que indevidamente foi submetido o lesado, sem reduzi-la a um mínimo inexpressivo, nem elevá-la a cifra enriquecedora” (AC 96.01.15105-2/BA, Desembargador Federal Mário César Ribeiro). Indenização por danos morais reduzida para o valor de R\$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos reais), equivalente a 25 (vinte e cinco) salários mínimos, de acordo com o valor vigente à época do fato, à vista das circunstâncias e consequências do caso. O valor deve ser acrescido de juros moratórios desde o evento danoso (STJ, Súmula 54), com base na Taxa SELIC (CC, art. 406), sem cumulação com quaisquer outros índices de correção monetária. 6. A verba honorária advocatícia é mantida em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, porque se encontra dentro da margem legal estabelecida no § 3o. do art. 20 do CPC e se revela razoável diante dos parâmetros estabelecidos pelo mesmo dispositivo legal. 7. Dá-se parcial provimento aos recursos de apelação. (TRF - 1a. Reg. - Ap. Cível n. 0043668-63.2004.4.01.3800 - Minas Gerais - 4a. T. Suplementar - ac. unân. - Rel.: Juiz Federal Rodrigo Navarro de Oliveira - j. em 19.02.2013 - Fonte: e-DJF1, 27.02.2013).

7) STJ entende pela impossibilidade da denunciação da lide não apenas nas ações de responsabilidade pelo fato do produto, mas pelo fato do serviço

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **10a. Câmara Cívica**

Relator: **Marcelo Cezar Muller**

Processual civil. Ação indenizatória. Abordagem de seguranças de shopping center. Relação de consumo - fato do serviço: art. 14 do CDC. Denunciação da lide. Descabimento. 1. As relações jurídicas de consumo havidas nos Shopping Centers não se restringem aos vínculos estabelecidos entre os comerciantes e os seus fregueses, mas incluem também as que se estabelecem por conta dos serviços oferecidos pelo condomínio que constitui e administra o empreendimento. Pretensão indenizatória com base em alegada falha em serviço prestado diretamente pelo Shopping: segurança. 2. Denunciação da lide. Vedação do art. 88 do CDC que alcançaria apenas a previsão do art. 13 do mesmo Diploma Legal. Jurisprudência contemporânea do STJ que entende pela impossibilidade da denunciação da lide não apenas nas ações de responsabilidade pelo fato do produto, mas pelo fato do serviço - art. 14, CDC. Intervenção de terceiro, pela seguradora, na modalidade de chamamento ao processo: art. 101, inc. II da Lei n. 8.078/1990. Negado seguimento ao recurso. Decisão monocrática. (TJ/RS - Ag. de Instrumento n. 70053084299 - Comarca de Canoas - 10a. Câmara Cívica - Dec. monocrática - Rel.: Des. Marcelo Cezar Muller - j. em 04.02.2013 - Fonte: DJ, 18.02.2013).

8) Alteração unilateral do contrato de abertura de crédito em conta corrente fere o Código de Defesa do Consumidor

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 19a. Câ. Civ.

Relator: **Eugênio Facchini Neto**

Apelação cível. Ação de indenização por danos morais e materiais. Cancelamento do limite do crédito do cheque especial. Ausência de notificação prévia à empresa correntista quanto à cessação do crédito usual mente concedido. Danos morais configurados. Majoração do quantum. Possibilidade no caso concreto. 1. Alteração unilateral do contrato de abertura de crédito em conta-corrente fere o Código de Defesa do Consumidor, o qual prevê expressamente, em seu art. 51, XIII, a nulidade de qualquer cláusula contratual que possibilite ao fornecedor ou prestador de serviço modificar o contrato unilateralmente após a sua celebração. 2. Diante da privação injustificada do capital, ocasionando a devolução dos seis cheques emitidos pela empresa autora sem provisão suficiente de fundos e a consequente inscrição do nome da emitente em cadastro de inadimplentes (CCF), não há dúvidas da ocorrência dos danos morais. 3. Quantum indenizatório que comporta majoração. Nos casos semelhantes em que ocorre a inscrição indevida em bancos de dados restritivos de crédito, tenho acolhido o parâmetro adotado pelo E. STJ, que fixou a indenização em R\$7.500,00, para caso semelhante de *dano in re ipsa*. Trata-se do AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.152.175 - RJ, da 3a. T. j. em 03.05.2011. Apelação provida. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70052319985 - Comarca de Porto Alegre - 19a. Câ. Civ. - ac. unân. - Rel.: Des. Eugênio Facchini Neto - j. em 07.02.2013 - Fonte: DJ, 26.02.2013).

9) Queda de cliente em piso molhado de supermercado, gerando lesão corporal, configura a falta do dever de cuidado e caracterizado o dano moral

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 10a. Câ. Civ.

Relator: **Paulo Roberto Lessa Franz**

Apelação cível. Responsabilidade civil. Queda de cliente em supermercado. Piso molhado. Lesões corporais. Falta do dever de cuidado. Dano moral. Caracterização. Demonstrada, nos autos, a negligência da demandada, ao deixar o chão do supermercado molhado, propiciando as circunstâncias nas quais se desencadeou a queda da autora, culminando com lesões na mão e punho direito, resta evidente o dever de indenizar. Ausência do dever de cuidado. Precedentes jurisprudenciais. Hipótese de *danum in re ipsa*. Sentença mantida. Quantum indenizatório. Manutenção. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, bem como aos parâmetros utilizados por esta Câmara, em situações análogas, conduz a manutenção do montante indenizatório em R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescidos de juros e correção monetária, nos termos da sentença. Lucros cessantes. Caracterização. Tendo a demandante demonstrado que deixou de auferir renda no período em que ficou impossibilitada de trabalhar, se desincumbindo do ônus que lhe impõe o artigo 333, I do CPC, mostra-se viável o reconhecimento do

pleito de indenização pelos lucros cessantes. Explicitação da sentença. É cediço que, quando da fixação do quantum indenizatório pode o julgador utilizar o salário mínimo como medida, no entanto, deve ser indicado pelo magistrado o montante da condenação em termos monetários, com algum critério de atualização. Inteligência do inciso IV do art. 7º da Constituição Federal. Norma constitucional que veda a vinculação do salário mínimo para qualquer fim, não observada no ato sentencial. Explicitação da sentença para determinar que o cálculo do montante indenizatório deve partir do valor de R\$ 622,00 (seiscentos e vinte e dois reais), equivalente a 1 salário mínimo. Honorários advocatícios. Manutenção. É cediço que, no arbitramento da verba honorária, deve o juiz considerar o local de prestação do serviço, a natureza da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo de trâmite da ação, nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC. Verba honorária arbitrada em 14% sobre o valor da condenação, já observada a compensação, que se mostra adequada à espécie e que se mantém. Sentença mantida. Apelo improvido. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70052744471 - Comarca de Porto Alegre - 10a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Paulo Roberto Lessa Franz - j. em 07.02.2013 - Fonte: DJ, 26.02.2013).

10) Proteção prevista no art. 13/CDC, parág. único, inc. II, estende-se aos contratos de adesão

Tribunal: **TJ/SP**

Órgão Julgador: **2a. Câ. Cív.**

Relator: **José Joaquim dos Santos**

Plano de Saúde. Legitimidade do autor para figurar no polo ativo da ação. Contrato coletivo. Vínculo do autor. Legitimidade

do beneficiário, destinatário final do serviço, para discutir em nome próprio e em caráter principal, as cláusulas gerais do ajuste. Denúncia unilateral do contrato. Aplicação dos ditames do CDC. A aparente proteção exclusiva do art. 13, parágrafo único, inciso II, aos contratos individuais, estende-se também aos contratos coletivos por adesão, sob pena de ferir gravemente todo o sistema protetivo tanto do Código de Defesa do Consumidor como da Lei nº 9.656/98. Nos contratos coletivos o beneficiário final é o consumidor, tal qual nos contratos individuais ou familiares. Nulidade reconhecida, vedada a denúncia unilateral. Atitude lesiva que autoriza a manutenção da indenização estabelecida na r. sentença. Quantum indenizatório mantido. Recurso improvido. (TJ/SP - Ap. Cível n. 0008555-22.2012.8.26.0281 - 2a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. José Joaquim dos Santos - Fonte: DJ, 22.04.2014).

11) Dever de segurança em relação ao cliente e ao público em geral está intrínseco à atividade bancária, e não pode ser afastado em caso de assalto

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **10a. Câ. Cív.**

Relator: **Paulo Roberto Lessa Franz**

Apelação cível. Ação de indenização por danos materiais e morais. Assalto a cliente em agência bancária. Agência bancária. Responsabilidade objetiva. Dano moral. Ocorrência. É cediço que o dever de segurança em relação aos clientes e ao público em geral, está intrínseco à atividade bancária, e não pode ser afastado em caso de “assalto”, respondendo a instituição pelos danos que, em virtude da falha do seu sistema de segurança,

causar a terceiro. Responsabilidade objetiva, fundamentada nos artigos 3º, *caput*, § 2º e 14, *caput*, § 1º do CDC. Reconhecimento do dano moral experimentado pela autora, mormente diante das peculiaridades do caso concreto, onde o evento causou grande estresse na suplicante, com a necessidade de tratamento psicológico e psiquiátrico. Dano moral *in re ipsa*, que prescinde de prova. Condenação mantida. *Quantum* indenizatório. Manutenção. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz à manutenção do montante indenizatório em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser pago solidariamente pelos réus, corrigidos monetariamente e acrescido de juros de mora nos termos da sentença. Apelações improvidas. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70052542321 - Comarca de Alvorada - 10a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Paulo Roberto Lessa Franz - j. em 07.02.2013 - Fonte: DJ, 28.02.2013).

12) Demora na expedição do habite-se com consequente atraso na entrega de imóvel é responsabilidade do fornecedor e gera indenização por dano material

Tribunal: TJ/SP

Órgão Julgador: 2a. Câ. Cív.

Relator: José Joaquim dos Santos

Compra e venda de imóvel. Relação de consumo. Denúncia da lide. Vedação. Art. 88, CDC. Cerceamento de defesa.

Inocorrência. Desnecessidade de prova oral. Atraso na entrega do imóvel. Demora na expedição do “habite-se”. Fortuito interno decorrente do risco da atividade. Art. 927, parágrafo único, CC. Responsabilidade objetiva do fornecedor. Arts. 12 e 14, CDC. Lucros cessantes. Presunção pela não utilização do imóvel. Parcelas pagas a título de fase de construção durante a mora da vendedora. Cômputo no pagamento do preço. Indevida declaração de inexigibilidade e devolução das parcelas pagas. Vícios de construção. Devida indenização pelas despesas comprovadas. Despesas médicas. Ausência de comprovação do nexo causal. Danos morais. Inocorrência de situação excepcional que ultrapasse o mero inadimplemento contratual. Despesas com advogado. Não comprovação dos pagamentos e da relação do contrato com a causa. Recursos providos em parte. (TJ/SP - Ap. Cível n. 4010531 -36.2013.8.26.0224 - 7a. Câ. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Mary Grün - Fonte: DJ, 22.04.2014).

13) Devolução em dobro de valor cobrado indevidamente do consumidor

Tribunal: TJ/RS

Órgão Julgador: 12a. Câ. Cív.

Relator: Umberto Guaspari Sudbrack

Apelação Cível. Direito privado não especificado. Consumidor. Telefonia. Ação declaratória de inexigibilidade de débito c/c devolução, em dobro, de valores pagos indevidamente e indenização por danos morais. 1- A demanda movida, pelo consumidor, com vistas à repetição de valores pagos de forma indevida submete-se ao prazo prescricional previsto no art. 206, § 3º, IV, do Código Civil, que prevê a prescrição trienal para a pretensão de ressarcimento

de enriquecimento sem causa. Em que pese a caracterização da autora e da ré, nessa ordem, como consumidora e fornecedora - a qualificar como de consumo, assim, a relação travada entre ambas -, afigura-se inaplicável o prazo quinquenal dado pelo art. 27 do Código de Defesa do Consumidor, que se refere à reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço. 2- O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, consoante estabelece o parágrafo único do artigo 42 do CDC. 3- O montante objeto de repetição de indébito, uma vez demonstrado o pagamento de forma indevida, deve observar o prazo prescricional trienal aplicável e, não menos, deve limitar-se às quantias cujo adimplemento haja sido comprovado nos autos. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que descabida a devolução, em dobro, de todos e quaisquer valores pagos durante a vigência do vínculo contratual, em que pese a qualificação da parte autora como consumidor. 4- A continuidade da cobrança de valores referentes a serviços não contratados - em que pese a reiteração, pelo consumidor, do seu pedido de cancelamento da inclusão das rubricas nas suas faturas mensais -, desborda da esfera do mero dissabor e enseja a configuração de dano moral. 5- Na fixação do montante indenizatório por gravames morais, deve-se buscar atender à duplicidade de fins a que a indenização se presta, atentando para a capacidade do agente causador do dano, amoldando-se a condenação de modo que as finalidades de reparar a vítima e punir o infrator (caráter pedagógico) sejam atingidas. “Quantum” fixado em R\$5.000,00 (cinco mil reais). Recurso de apelação parcialmente provido.

(TJ/RS - Ap. Cível n. 70056816697 - 12a. Câmara. Cív. - Comarca de Giruá - ac. unân. - Rel.: Des. Umberto Guaspari Sudbrack - Fonte: DJ, 22.04.2014).

14) Consumidor tem o direito de saber o motivo da negativa de crédito em estabelecimento comercial

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **12a. Câmara. Cív.**

Relator: **Guinther Spode**

Apelação Cível. Direito privado não especificado. Sistema Concentre Scoring. Garantia constitucional e direito do consumidor. Inteligência do art. 5º, XXXIII, da CF e art. 43 do CDC. Sentença ratificada. Precedentes desta corte e do Superior Tribunal de Justiça. Inadmissível que a Serasa se exima do seu dever legal de informar ao consumidor sobre as informações que motivam a negativa de crédito em estabelecimentos comerciais, visto que tal ato caracteriza arbitrariedade do órgão arquivista. Apelação improvida. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70059055921 - 12a. Câmara. Cív. - Comarca de Porto Alegre - Rel.: Des. Guinther Spode - Fonte: DJ, 22.04.2014).

15) Inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **3a. T.**

Relator: **João Otávio de Noronha**

Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Necessidade de provas. Faculdade conferida ao livre convencimento

do juiz. Súmula n. 83/STJ. Súmula n. 7/STJ. Aplicação do CDC. Impossibilidade. Valores disponibilizados para a utilização do produto ou serviço contratado para implementação de atividade econômica. Recurso desprovido. 1. Não há cerceamento de defesa quando o Tribunal de origem julga o feito, entendendo substancialmente instruído o feito e declarando a existência de provas suficientes para seu convencimento. 2. Aplica-se a Súmula n. 7 do STJ na hipótese em que a tese versada no recurso especial reclama a análise dos elementos probatórios produzidos ao longo da demanda. 3. O Código de Defesa do Consumidor não se aplica ao caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 471670/SP - 3a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJ, 08.04.2014).

16) Aplica-se o CDC no contrato de participação financeira

Tribunal: **STJ**
Órgão Julgador: **3a. T.**
Relator: **Sidnei Beneti**

Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Exceção de incompetência territorial. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Aplicação do CDC. Facilitação dos Direitos do Consumidor. Ação que pode ser proposta no domicílio do autor. 1.- Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor ao contrato em análise, uma vez que, acobertado pela relação societária, há clara relação de consumo na espécie. Precedente. 2.- A jurisprudência desta Corte é no sentido de que “a facilitação

da defesa dos direitos do consumidor em juízo possibilita que este proponha ação em seu próprio domicílio” (REsp 1.084.036/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 17.3.09), e de que, tratando-se de relação de consumo, a competência é absoluta, podendo ser declinada de ofício. 3.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar o decidido, que se mantém por seus próprios fundamentos. 4.- Agravo Regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1432968/PR - 3a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. Sidnei Beneti - Fonte: DJ, 01.04.2014).

17) CDC não é aplicável quando a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidor final e não está em situação de vulnerabilidade

Tribunal: **STJ**
Órgão Julgador: **3a. T.**
Relator: **João Otávio de Noronha**

Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Ação de cobrança. Incidência do CDC. Relação de Insumo. Inaplicabilidade. Súmula n. 83/STJ. Hipossuficiência. Reexame fático. Súmula n. 7/STJ. 1. Quando a parte, no agravo regimental, não apresenta argumentos aptos a modificar a decisão agravada, mantém-se o julgado por seus próprios fundamentos. 2. Se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidor final nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor. 3. Não cabe, em recurso especial, a revisão do conjunto fático-probatório dos autos. Aplicação da Súmula n. 7/STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 397025/SP - 3a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. João Otávio de Noronha - Fonte: DJ, 01.04.2014).

18) Vítima de acidente de consumo é considerada consumidor por equiparação

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **2a. S.**

Relator: **Raul Araújo**

Conflito Negativo de Competência. Ação de inexigibilidade de cheque e de indenização por danos morais. Cheque falsificado dado em pagamento. Acidente de consumo (CDC, art. 17). Consumidor por equiparação ou *bystandard*. Competência do foro do domicílio do consumidor. 1. Cuidar-se de suposto uso de cheque falsificado para pagamento de estadia em hotel, provocando a inscrição do consumidor em serviços de proteção ao crédito e a emergência de danos morais. 2. Configura-se, em tese, acidente de consumo em virtude da suposta falta de segurança na prestação do serviço por parte do estabelecimento hoteleiro que, alegadamente, poderia ter identificado a fraude mediante simples conferência de assinatura na cédula de identidade do portador do cheque. 3. Equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do acidente de consumo (CDC, art. 17). 4. Conflito conhecido para declarar competente o foro do domicílio do consumidor. (STJ - Confl. de Competência n. 128079/MT - 2a. S. - ac. unân. - Rel.: Min. Raul Araújo - Fonte: DJ, 09.04.2014).

19) Inversão do ônus da prova, em ações envolvendo relações de consumo, não é automática, exigindo-se a demonstração da hipossuficiência do consumidor

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **17a. Câ. Civ.**

Relator: **Leite Praça**

Apelações Cíveis. Primeiro recurso. Interposição do apelo antes da publicação

da decisão que julgou os embargos declaratórios. Extemporaneidade configurada. Não conhecimento. Segundo recurso. Ausência parcial de interesse recursal. Apelo parcialmente inadmitido. Ação revisional. Cerceamento de defesa. Não ocorrência. Contrato bancário. Inversão do ônus da prova. Indeferimento. Instituição financeira. Juros remuneratórios. Limitação a 12% ao ano. Impossibilidade. Devolução do valor pago indevidamente. Forma simples. Não comprovação de má-fé. dano moral. Não ocorrência. I - É extemporâneo o recurso interposto antes da publicação da decisão que julgou os embargos de declaração, quando inexistente posterior ratificação. II - Não é possível conhecer pedido deduzido em apelação, a respeito do qual o recorrente não possui interesse recursal. III - Se não houve o indeferimento injustificável de prova essencial à solução da controvérsia, tampouco julgamento antecipado sem a realização de prova necessária, não há se falar em cerceamento de defesa. IV - A inversão do ônus da prova, em ações envolvendo relações de consumo, não é automática, exigindo-se a demonstração da hipossuficiência do consumidor para a realização da prova necessária ao deslinde da lide ou a verossimilhança da pretensão deduzida na ação. V - A abusividade dos encargos constantes em contratos de crédito firmados com instituições financeiras depende da demonstração inequívoca de serem eles superiores à média das taxas praticadas no mercado. Súmula 382/STJ. VI - Conforme a jurisprudência há muito pacificada nos tribunais pátrios, as instituições financeiras não estão sujeitas à limitação das taxas de juros remuneratórios prevista no Decreto nº 22.626/33. VII - A devolução em dobro da quantia indevidamente cobrada pressupõe má-fé da parte ou cobrança de dívida já paga, consoante exegese dos artigos 42 parágrafo

único do Código de Defesa do Consumidor e 940 do Código Civil. VIII - Para a configuração da responsabilidade civil, é imprescindível a demonstração do ato ilícito, do dano efetivo e do nexo de causalidade entre tais elementos. IX - Não há como reconhecer o dever de indenizar, se não restou comprovada a conduta ilícita e o dano, elementos imprescindíveis à configuração da responsabilidade civil. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0707.11.024956-2/001 - 17a. Câmara Cível - ac. unân. - Rel.: Des. Leite Praça - Fonte: DJ, 08.04.2014).

20) Entidades abertas de previdência privada se submetem aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor

Tribunal: **TJ/BA**

Órgão Julgador: **5a. Câmara Cível**

Relator: **Aidê Ouais**

Apelações cíveis simultâneas. Ação indenizatória. Danos morais. Empréstimo pessoal condicionado à aquisição de seguro de vida. Inexistência de previsão legal. Venda casada. Entidade de previdência privada. Relação submetida às regras do Código de defesa do Consumidor. Violação ao art. 39, I, do CDC. Prejuízo material. Ocorrência. Restituição em dobro das prestações pagas pelo segurado. Dano moral não comprovado. Sentença mantida. Recursos improvidos. 1. As entidades abertas de previdência privada, em que pese não terem fins lucrativos, são submetidas ao CDC consoante o Art. 3º “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou

prestação de serviços.” 2. O condicionamento da aquisição de seguro de vida para a concessão de empréstimo pessoal configura a prática de venda casada, expressamente vedada pelo art. 39, I, do CDC, que condena qualquer tentativa do fornecedor de se beneficiar de sua superioridade econômica ou técnica para estipular condições negociais desfavoráveis ao consumidor, cerceando-lhe a liberdade de escolha. 3. Cabimento de restituição em dobro das parcelas pagas referentes ao contrato de seguro com fulcro no art. 42, § único, do Código de Defesa do Consumidor. 4. Não ficou comprovado o dano moral. A adoção de “venda casada”, embora ilícita, não é considerada prática lesiva, capaz de provocar dano à honra, à dignidade ou mesmo a qualquer outra característica psíquica do apelante, já que não é toda a situação desagradável que faz surgir o direito a ressarcimento por danos morais. (TJ/BA - Ap. Cível n. 0011546-78.2007.8.05.0103 - 5a. Câmara Cível - ac. unân. - Comarca de Ilhéus - Rel.: Juíza Subs. em 2º grau Aidê Ouais - Fonte: DJ, 21.02.2014).

21) Prazo prescricional para devolução de taxas de diploma

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **1a. Turma**

Relator: **Benedito Gonçalves**

Administrativo, Processual Civil e Consumidor. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ensino superior. Pretensão de devolução das taxas de diploma. Prazo prescricional. Fato do serviço. artigo 2º da Lei n. 9.870/1999. Ausência de prequestionamento. Súmula n. 282 do STF. 1. No caso, não há se falar em violação do art. 26, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, porquanto inaplicável o prazo

decadencial a que alude este artigo, uma vez que não se trata de responsabilidade do fornecedor por vícios aparentes ou de fácil constatação existentes em produto ou serviço, mas de danos causados por fato do serviço, consubstanciado pela cobrança indevida da taxa de diploma, razão pela qual incide o prazo quinquenal previsto no art. 27 do CDC. 2. O artigo 2º da Lei n. 9.870/1999 não foi apreciado pelo Tribunal de origem, carecendo o recurso especial do requisito do prequestionamento, nos termos da Súmula n. 282 do STF. 3. Agravo regimental não provido. (STJ - Ag. Regimental no Rec. Especial n. 1327122/PE - 1a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. Benedito Gonçalves - Fonte: DJ, 15.04.2014).

22) Fornecedor possui responsabilidade por dano causado ao consumidor por defeito na prestação de serviço de energia elétrica

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **1a. T.**

Relator: **Benedito Gonçalves**

Agravo Regimental no Recurso Especial - Ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de incêndio causado por defeito na prestação de serviço de energia elétrica - Decisão monocrática conhecendo do reclamo para negar seguimento ao recurso especial, ante a incidência da súmula 7/STJ. Insurgência da companhia energética. 1. Responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados aos consumidores por defeito na prestação de serviço de energia elétrica. Acórdão estadual pugnando que a concessionária de serviço público não

se desincumbiu do ônus de comprovar a ausência de defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, nos termos do artigo 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor. Incidência da Súmula 7/STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 318307/PE - 4a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. Marco Buzzi - Fonte: DJ, 05.03.2014).

23) Multa administrativa aplicada pelo Procon legitima-se pelo poder de polícia

Tribunal: **STJ**

Órgão Julgador: **2a. T.**

Relator: **Humberto Martins**

Consumidor. Administrativo. Multa aplicada pelo Procon. Requisitos para aplicação da multa. Súmula 7/STJ. 1. A sanção administrativa prevista no art. 57 do Código de Defesa do Consumidor é legitimada pelo poder de polícia (atividade administrativa de ordenação) que o Procon detém para cominar multas relacionadas à transgressão dos preceitos da Lei n. 8.078/1990. 2. A proporcionalidade do valor da referida multa administrativa foi graduada com base no contingenciamento substancial (na gravidade da infração, na eventual vantagem auferida e na condição econômica do fornecedor), de sorte que sua revisão implicaria reexame do conjunto fático-probatório dos autos, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ - Ag. Regimental no Agravo em Rec. Especial n. 386714/ES - 2a. T. - ac. unân. - Rel.: Min. Humberto Martins - Fonte: DJ, 02.12.2013).

24) Indenização por espera excessiva em fila bancária

Tribunal: **TJ/PR**

Órgão Julgador: **2a. T.**

Relator: **Humberto Martins**

Embargos Infringentes - Ação de indenização por danos morais - Espera em fila de banco - Demora no atendimento que extrapola o limite previsto em lei municipal e estadual - Dever de indenizar - Dano moral caracterizado - Ofensa à dignidade do consumidor - Manutenção do acórdão que deu provimento ao apelo - Recurso desprovido. (TJ/PR - Embs. Infringentes n. 966494-2/01 - 9a. Câ. Civ. - ac. unân. - Rel.: Des. Renato Braga Bettega - Fonte: 09.04.2014).

25) Responsabilidade civil de curso de informática por dano causado ao consumidor

Tribunal: **TJ/SC**

Órgão Julgador: **2a. Câ. Civ.**

Relator: **Monteiro Rocha**

Direito Civil e Consumidor - Responsabilidade civil - Indenizatória por danos morais, estéticos e materiais - Acidente em curso de informática - Ruptura traumática do polegar direito - Improcedência no juízo *a quo* - Inconformismo do autor - 1. Obrigação de indenizar - Dever de segurança - Configurado - Medidas de segurança - Ausência - Instrução não acompanhada por técnico de manutenção - Alegação acolhida - 2. Danos estéticos - Cicatriz no polegar direito - Dano imperceptível - Laudo pericial e radiografia - Afastamento - 3. Danos materiais - Despesas médicas e hospitalares - Comprovação - Recurso parcialmente provido - Sentença parcialmente reformada. 1. O

estabelecimento de ensino de manutenção em informática deve ministrar aulas observando a segurança dos seus alunos, fazendo com que o instrutor tenha participação ativa e prevenindo acidentes. 2. Não existe dano estético se a cicatriz é imperceptível. 3. Devem ser ressarcidas as despesas médicas e hospitalares comprovadas e oriundas de lesão ocasionada por ilícito omissivo de estabelecimento de ensino. (TJ/SC - Ap. Cível n. 2013.065404-7 - 2a. Câ. Civ. - ac. unân. - Rel.: Des. Monteiro Rocha - Fonte: DJ, 22.04.2014).

26) Consumidor possui 90 dias para reclamação relativa a vício oculto do produto

Tribunal: **TJ/SC**

Órgão Julgador: **3a. Câ. Civ.**

Relator: **Marcus Tulio Sartorato**

Consumidor E Processual Civil. Ação de indenização por danos materiais e morais. Suscitada em contrarrazões a perda do objeto do agravo ante a preclusão. Insubsistência. Preliminar afastada. Compra e venda de veículo usado. Vício oculto. Reconhecimento da decadência com fulcro no art. 26, II, do Código de Defesa do Consumidor. Pleiteada a aplicação do prazo prescricional de três anos previsto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil. Impossibilidade. Interlocutório mantido. Recurso desprovido. É de 90 (noventa) dias o prazo para que o consumidor reclame de vício oculto existente no produto que adquiriu por compra e venda, sob pena de decadência de seu direito. (TJ/SC - Ag. de Instrumento n. 2013.013523-1 - 3a. Câ. Civ. - ac. unân. - Rel.: Des. Marcus Tulio Sartorato - Fonte: DJ, 25.04.2014).

27) Prazo decadencial e prescricional possuem regramento próprio no Código de Defesa do Consumidor

Tribunal: **TJ/SC**

Órgão Julgador: **3a. Câm. Cív.**

Relator: **Marcus Tulio Sartorato**

Apelação Cível. Rescisão de contrato de prestação de serviço cumulado com pedido de devolução de valores pagos e de indenização por danos morais. Vícios na prestação de serviços de implantação de software. Pessoa jurídica autora. Vulnerabilidade técnica evidenciada. Relação de consumo. Observância das normas contidas no Código de Defesa do Consumidor. Prazo decadencial. Termo inicial que deve ser a data em que a empresa demandada respondeu a notificação enviada pela autora. Artigo 26, §2º, inciso I do Código de Defesa do Consumidor. Decadência configurada. Sentença mantida. Recurso conhecido e desprovido. No que tange à aplicação dos prazos prescricionais ou decadenciais, o Código de Defesa do Consumidor tem disciplina própria. Assim, quando se tratar de fato do produto ou do serviço, ou seja, acidente de consumo, haverá prescrição e no caso de vício do produto ou serviço, quer seja de qualidade ou quantidade, haverá decadência. (TJ/SC - Ap. Cível n. 2013.070001-4 - 3a. Câm. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Saul Steil - Fonte: DJ, 23.04.2014).

28) Procon não deve coagir o fornecedor a cumprir a obrigação entre as partes

Tribunal: **TJ/SC**

Órgão Julgador: **2a. Câm. Dir. Públ.**

Relator: **Sérgio Roberto Baasch Luz**

Administrativo. Consumidor. Ação anulatória. Multa aplicada pelo Procon.

Reclamação de consumidor de empresa de TV a cabo em relação à cobrança de tarifa de emissão e boleto. Competência talhada no art. 33, § 2º, do Decreto 2.181/97. Veda-se, contudo, a imposição de sanção como forma de coação para obrigar o fornecedor ao cumprimento de obrigação entre as partes. Usurpação das funções do Poder Judiciário. Reforma da sentença. Multa anulada. Pedido procedente. Inversão dos ônus sucumbenciais. Custas processuais. Isenção. LCE N. 156/97. Recurso provido. “O Procon não tem legitimidade para impor penalidade administrativa em virtude do descumprimento de obrigação de natureza individual inter partes. A solução de litígio com a obrigatoriedade de submissão de um dos litigantes à decisão que favorece a outra parte é prerrogativa da jurisdição, cujo exercício incumbe exclusivamente ao Poder Judiciário. A não observância deste postulado implica obstáculo ao acesso à Justiça (CF, art. 35, inc. XXXV) e configura o exercício da autotutela fora dos casos autorizados em lei” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.073775-7, de Concórdia, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 02-04-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.073442-4, de Caçador, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 03-12-2013). (TJ/SC - Ap. Cível n. 2012.055202-5 - 2a. Câm. Dir. Públ. - ac. unân. - Rel.: Des. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz - Fonte: DJ, 24.04.2014).

29) Não sendo o caso de vício ou defeito do produto, incabível o reconhecimento da prescrição com base no art. 26/CDC

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **13a. Câm. Cív.**

Relator: **Lúcia de Castro Boller**

Apelação cível. Ação de indenização por dano moral. Compra de veículo usado junto

à revenda dos demandados. Pagamento de parte do preço em dinheiro. Financiamento do restante do valor do veículo. Dificuldades financeiras que impossibilitaram o autor de dar continuidade ao pagamento do contrato de financiamento. Devolução do bem à revenda a qual, devolvendo somente parte do valor dado como entrada no negócio assumiu o compromisso, por procuração outorgada pelo autor aos representantes da revenda, de vender o veículo a terceiro, onde assumiram também a responsabilidade de transferir a titularidade do bem para o nome do futuro adquirente. Descumprimento do compromisso assumido pelos réus. Cobrança de multas de trânsito endereçadas ao autor, pela permanência do bem em seu nome. Acordo realizado entre as partes, em audiência de conciliação (jec), onde a empresa demandada assumiu o compromisso de devolver valores ao autor, bem como proceder à imediata transferência da titularidade do automóvel para a nova adquirente. Novo descumprimento. Inscrição do nome do autor nos cadastros de inadimplentes. Manutenção da sentença que julgou procedente a ação. Preliminar de prescrição com base no art. 26 do CDC. Não sendo o caso de vício ou defeito do produto, incabível o reconhecimento da prescrição com base no art. 26 do CDC, devendo ser aplicada a prescrição trienal, com amparo no art. 206, § 3º, inciso v do Novo Código Civil, eis que a ação tem como objeto pedido de indenização por danos morais pelo descumprimento do acordo e compromisso assumido pelos demandados, de proceder à transferência da titularidade do bem para o nome da nova adquirente. Preliminar de ilegitimidade passiva. Não conhecimento. Preclusão (art. 245 do CPC). A nulidade processual deve ser alegada na primeira

oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão (art. 245 do CPC). Assim, não merece conhecimento a preliminar de ilegitimidade passiva, arguida pelo réu somente em apelação. Preliminar (revelia). A ausência de contestação do primeiro demandado e a intempestividade da contestação do segundo demandado tem como consequência a decretação da revelia dos réus, o que, por si só, não impõe ao julgador o acolhimento total da pretensão deduzida pelo demandante na inicial. Ação de indenização por danos morais. Manutenção da sentença. Considerando o reiterado descumprimento do compromisso assumido pela empresa demandada, representada pelos réus, assumido por procuração outorgada pelo autor, bem como através de acordo homologado no JEC, no sentido de transferir a titularidade do bem, que não mais pertence ao demandante, para o nome da nova adquirente, além de devolver semanalmente valores em seu favor, resta reconhecido o ilícito praticado pelos demandados, a ensejar indenização por danos morais, devendo ser mantida a sentença que julgou procedente a Ação de Indenização por Dano Moral. Desnecessidade da prova do dano moral. Verificado o evento danoso, surge a necessidade da reparação, não havendo que se cogitar da prova do prejuízo, se presentes os pressupostos legais para que haja a responsabilização civil pelo dano moral (nexo de causalidade e culpa). Valor da indenização. Embora o dano moral não possa ser causa de enriquecimento ilícito do ofendido, o seu valor deve ser fixado levando em consideração o caráter punitivo da indenização e a situação financeira do ofensor, razão pela qual, nenhum retoque merece a sentença que o fixou em R\$ 8.000,00. Preliminares rejeitadas.

Apelação desprovida. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70049785413 - Comarca de Gravataí - 13a. Câmara. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Lúcia de Castro Boller - j. em 07.02.2013 - Fonte: DJ, 18.02.2013).

30) Mudança de aeroporto por conta própria ante a indisponibilidade do traslado oferecido pela empresa aérea gera dever de indenizar dano material e moral

Tribunal: **TJ/RS**

Órgão Julgador: **11a. Câmara. Cív.**

Relator: **Katia Elenise Oliveira da Silva**

Apelação cível. Contrato de transporte aéreo internacional. Indenização por danos materiais e morais. Deslocamento do aeroporto de Congonhas para Guarulhos por conta própria ante a indisponibilidade do traslado oferecido pela empresa aérea. Prejuízos materiais evidenciados mediante a apresentação de nota comprobatória do dispêndio com transporte entre aeroportos. Falha na prestação do serviço. Dano moral “in re ipsa”. Mantido o valor fixado. Unânime. Desproveram o recurso. (TJ/RS - Ap. Cível n. 70052573698 - Comarca de Canoas - 11a. Câmara. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Katia Elenise Oliveira da Silva - j. em 20.02.2013 - Fonte: DJ, 27.02.2013).

31) Tratando-se de atraso de voo cumulado com extravio de bagagem de menor, por si só, caracteriza dano material e dano moral

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **10a. Câmara. Cív.**

Relator: **Cabral da Silva**

Apelação cível. Transporte aéreo. Menor de idade. Dano material. Dano moral. Atraso

de voo e extravio de bagagem. Caracterização. Tratando-se de atraso de voo cumulado com extravio de bagagem de menor, por si só, caracteriza, além de dano material, dano moral, não se tratando de mero aborrecimento, contratempo, chateação. O fato do passageiro ser menor de idade, ter vôos seguidos atrasados e cancelados e ainda ter o extravio de objetos no interior da bagagem em transporte aéreo, causado pela negligência da empresa transportadora, deve gerar indenização pelo valor real dos mesmos, não incidindo a regra da indenização tarifada, porquanto aplicável o Código de Defesa do Consumidor. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0145.11.036958-7/001 - Comarca de Juiz de Fora - 10a. Câmara. Cív. - por maioria - Rel.: Des. Cabral da Silva - j. em 19.02.2013 - Fonte: DJ, 27.02.2013).

32) Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **15a. Câmara. Cív.**

Relator: **José Affonso da Costa Côrtes**

Ação civil pública. Plano de saúde coletivo. Auto-gestão. Reajuste. Aval do conselho de curadores. Manutenção do equilíbrio contratual. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes. (Súmula 321 do STJ) No plano de auto-gestão são os próprios participantes que o custeiam, razão pela qual, se a diretoria, com o aval do Conselho de Curadores (do qual participam os próprios ex-funcionários da Minas Caixa), decide aumentar o valor da contraprestação devida, em função do desequilíbrio econômico-financeiro do plano,

não há falar em ilegalidade alguma. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0024.09.669283-5/001 - Comarca de Belo Horizonte - 15a. Câmara. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. José Affonso da Costa Côrtes - j. em 21.02.2013 - Fonte: DJ, 28.02.2013).

33) Cancelamento de pacote turístico frustra a expectativa daquele que ansiava pela realização da viagem, acarretando abalo que extrapola o mero aborrecimento

Tribunal: TJ/MG

Órgão Julgador: 18a. Câmara. Cív.

Relator: Mota e Silva

Responsabilidade contratual - pressupostos-contrato de prestação de serviços de turismo - relação de consumo - empresa que administra site de compra coletiva - Groupon - integração à cadeia de fornecimento de produtos e serviços - responsabilidade solidária - cancelamento da viagem - danos materiais e morais configurados - repetição de indébito - forma. I - Por integrar a cadeia de consumo, a empresa que administra site de compra coletiva responde solidariamente pelos danos causados aos consumidores. II - O cancelamento de pacote turístico frustra as expectativas daqueles que ansiavam pela realização da viagem, acarretando abalo psicológico que extrapola os limites do mero aborrecimento, configurando danos de ordem moral. III - Para fixação dos danos morais, deve-se levar em consideração as circunstâncias de cada caso concreto, tais como a natureza da lesão, as consequências do ato, o grau de culpa, as condições financeiras das partes, atentando-se para a sua dúplice finalidade, ou seja, meio de punição e forma de compensação à dor da vítima, não

permitindo o seu enriquecimento imotivado. IV - O cancelamento de pacote turístico sem comunicação prévia e sem qualquer justificativa configura má-fé da prestadora de serviços, cabendo, pois, a repetição em dobro do indébito. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0629.12.000572-9/001- Comarca de São João Nepomuceno - 18a. Câmara. Cív. - ac. unân. - Rel.: Des. Mota e Silva - j. em 19.02.2013 - Fonte: DJ, 25.02.2013).

34) Empresa aérea que se nega a realizar o check in e o embarque, alegando atraso do consumidor, sem a prova da impossibilidade deve indenizá-lo

Tribunal: TJ/PR

Órgão Julgador: 1a. Turma Rec.

Relator: Leo Henrique Furtado Araújo

Reclamação cível. Danos materiais e morais. Transporte aéreo. Consumidor que chega atrasado para o check in. Outros passageiros que, no mesmo momento, realizam o check in e o embarque. Negativa da empresa em realizar o check in e o embarque do autor. Revelia. Presunção relativa de veracidade dos fatos. Sentença de improcedência - Reforma. Falha na prestação dos serviços. Danos materiais devidamente comprovados. Dano moral configurado. Quantum indenizatório que atende as peculiaridades do caso concreto e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Sentença reformada. Recurso conhecido e provido. (TJ/PR - Rec. Inominado n. 0033052-90.2011.8.16.0030/0 - Comarca de Foz do Iguaçu - 1a. Turma Rec. - ac. unân. - Rel.: Des. Leo Henrique Furtado Araújo - Fonte: DJ, 05.02.2013).

35) Hospital detém responsabilidade objetiva por sinistro em seu interior, ainda que o médico culpado pela sua ocorrência não detenha vínculo de preposição

Tribunal: **TJ/MG**

Órgão Julgador: **9a. Câ. Civ.**

Relator: **Luiz Artur Hilário**

Ação de indenização. Erro médico. Responsabilidade civil. Necessidade comprovação culpa. Hospital. Responsabilidade solidária. Presença requisitos. Obrigação de indenizar. Danos morais. Critérios. Proporcionalidade e razoabilidade. Danos materiais. Pensão mensal. Possibilidade. O ordenamento jurídico adota a teoria subjetiva da culpa exigindo, a comprovação da conduta do agente, o dano, além do nexo causal entre o comportamento danoso e a alegada lesão. Todavia, no direito brasileiro, a responsabilidade civil do médico está diretamente atrelada a comprovação da culpa no cometimento da lesão. O mesmo não se pode dizer em relação aos hospitais que

possuem responsabilidade objetiva, já que a relação travada entre o paciente e o hospital enquadra-se como relação de consumo. O hospital responde objetivamente pelos sinistros verificados em seu interior, ainda que o médico culpado pela sua ocorrência não detenha vínculo de preposição com a entidade hospitalar, já que o simples fato de prestar seus serviços mediante a utilização da mão-de-obra do médico em suas dependências e equipamentos é suficiente para impor a obrigação de indenizar. Prevalecendo o dever de indenizar, a fixação do valor a ser atribuído à título de danos morais, deverá atender aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Permite-se a reparação de danos materiais por meio de pensionamento mensal aos parentes e pessoas próximas do convívio de ente falecido, por presumir sua possível contribuição econômica para o sustento do lar e da entidade familiar. (TJ/MG - Ap. Cível n. 1.0134.01.018816-4/001 - Comarca de Caratinga - 9a. Câ. Civ. - ac. unân. - Rel.: Des. Luiz Artur Hilário - j. em 29.01.2013 - Fonte: DJ, 04.02.2013).

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Quarta Secção)

Relator: **M. Safjan**

Acórdão do Tribunal de Justiça (Oitava Secção)

Relator: **E. Jarašiūnas**

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (16.01.2014)

“São indispensáveis disposições que permitam unificar as regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial, bem como simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápidos e simples das decisões proferidas nos EstadosMembros abrangidos pelo presente regulamento”

“O Tribunal de Justiça já precisou que, em caso de responsabilidade por um produto defeituoso, esse lugar se situa onde ocorreu o facto que danificou o produto”

Do Tribunal de Justiça (13.03.2014)

“A publicidade comparativa, quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhe estão associadas”

“A publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita constituem cada uma uma infração autónoma”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção)

16 de janeiro de 2014 (*)

«Reenvio prejudicial – Competência judiciária em matéria civil e comercial – Regulamento (CE) n.º 44/2001 – Responsabilidade por um produto defeituoso – Mercadoria produzida num Estado-Membro e vendida noutro Estado-Membro – Interpretação do conceito de ‘lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso’ – Lugar do evento causal»

No processo C45/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Oberster Gerichtshof (Áustria), por decisão de 28 de novembro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 28 de janeiro de 2013, no processo

Andreas Kainz

contra

Pantherwerke AG,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quarta Secção),

composto por: L. Bay Larsen, presidente de secção, M. Safjan (relator) e J. Malenovský, juízes,

advogado-geral: N. Jääskinen,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação de A. Kainz, por K. Kozák, Rechtsanwalt,

– em representação do Governo austríaco, por A. Posch, na qualidade de agente,

– em representação do Governo checo, por M. Smolek e J. Vlácil, na qualidade de agentes,

– em representação do Governo do Reino Unido, por S. Brighthouse, na qualidade de agente, assistida por S. Lee, barrister,

– em representação da Comissão Europeia, por W. Bogensberger e A.M. Rouchaud-Joët, na qualidade de agentes, vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões, profere o presente

Acórdão

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (JO 2001, L 12, p. 1).

2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe A. Kainz, residente em Salzburgo (Áustria), à Pantherwerke AG, com sede na Alemanha, a respeito de uma ação de indemnização com fundamento em responsabilidade por um produto defeituoso que A. Kainz interpôs na sequência de um acidente que sofreu, na Alemanha, com uma bicicleta fabricada neste Estado-Membro pela Pantherwerke AG, mas adquirida a um retalhista na Áustria.

Quadro jurídico

Regulamento n.º 44/2001

3. Os considerandos 2, 11, 12 e 15 do Regulamento n.º 44/2001 enunciam:

«(2) Certas disparidades das regras nacionais em matéria de competência judicial e de reconhecimento de decisões judiciais dificultam o bom funcionamento do mercado interno. São indispensáveis disposições que permitam unificar as regras de conflito de jurisdição em matéria civil e comercial, bem como simplificar as formalidades com vista ao reconhecimento e à execução rápidos e simples

das decisões proferidas nos EstadosMembros abrangidos pelo presente regulamento.

[...]

(11) As regras de competência devem apresentar um elevado grau de certeza jurídica e devem articular-se em torno do princípio de que em geral a competência tem por base o domicílio do requerido e que tal competência deve estar sempre disponível, exceto em alguns casos bem determinados em que a matéria em litígio ou a autonomia das partes justificam outro critério de conexão. No respeitante às pessoas coletivas, o domicílio deve ser definido de forma autónoma, de modo a aumentar a transparência das regras comuns e evitar os conflitos de jurisdição.

(12) O foro do domicílio do requerido deve ser completado pelos foros alternativos permitidos em razão do vínculo estreito entre a jurisdição e o litígio ou com vista a facilitar uma boa administração da justiça.

[...]

(15) O funcionamento harmonioso da justiça a nível comunitário obriga a minimizar a possibilidade de instaurar processos concorrentes e a evitar que sejam proferidas decisões inconciliáveis em dois EstadosMembros competentes. [...]»

4. Os artigos 2 a 31 deste regulamento, que figuram no capítulo II do mesmo, tratam das regras de competência.

5. A secção 1 deste capítulo, intitulada «Disposições gerais», inclui o artigo 2º, nº 1, que tem a seguinte redação:

«Sem prejuízo do disposto no presente regulamento, as pessoas domiciliadas no território de um EstadoMembro devem ser demandadas, independentemente da sua nacionalidade, perante os tribunais desse Estado.»

6. O artigo 3º, nº 1, do referido regulamento, que pertence à mesma secção, dispõe:

«As pessoas domiciliadas no território de um EstadoMembro só podem ser demandadas perante os tribunais de um outro EstadoMembro por força das regras enunciadas nas secções 2 a 7 do presente capítulo.»

7. O artigo 5º, nº 3, do mesmo regulamento está inserido na secção 2 do capítulo II deste, intitulada «Competências especiais», e dispõe:

«Uma pessoa com domicílio no território de um EstadoMembro pode ser demandada noutra EstadoMembro:

[...]

3) Em matéria extracontratual, perante o tribunal do lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso.»

Regulamento (CE) nº 864/2007

8. Nos termos do considerando 7 do Regulamento (CE) nº 864/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais («Roma II») (JO L 199, p. 40):

«O âmbito de aplicação material e as disposições do presente regulamento deverão ser coerentes com o Regulamento [nº 44/2001] e com os instrumentos referentes à lei aplicável às obrigações contratuais.»

9. Este regulamento dispõe, no seu artigo 5º, sob a epígrafe «Responsabilidade por produtos defeituosos»:

«1. Sem prejuízo do nº 2 do artigo 4º, a lei aplicável a uma obrigação extracontratual por um dano causado por um produto é:

a) A lei do país onde o lesado tenha a sua residência habitual no momento em que ocorre o dano, se o produto tiver sido comercializado nesse país; ou, não sendo assim,

b) A lei do país onde o produto tenha sido adquirido, se o produto tiver sido

comercializado nesse país; ou, não sendo assim,

c) A lei do país onde o dano tenha ocorrido, se o produto tiver sido comercializado nesse país.

No entanto, a lei aplicável é a lei do país onde a pessoa cuja responsabilidade é invocada tenha a sua residência habitual, se essa pessoa não puder razoavelmente prever a comercialização do produto, ou de um produto do mesmo tipo, no país cuja lei é aplicável, ao abrigo das alíneas a), b) ou c).

2. Se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que a responsabilidade fundada em ato lícito, ilícito ou no risco tem uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado no nº 1, é aplicável a lei desse outro país. Uma conexão manifestamente mais estreita com um outro país poderá ter por base, nomeadamente, uma relação preexistente entre as partes, tal como um contrato, que tenha uma ligação estreita com a responsabilidade fundada no ato lícito, ilícito ou no risco em causa.»

Diretiva 85/374/CEE

10. O artigo 11º da Diretiva 85/374/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos EstadosMembros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos (JO L 210 p. 29; EE 13 F19 p. 8), com a redação que lhe foi dada pela Diretiva 1999/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de maio de 1999 (JO L 141, p. 20), prevê:

«Os EstadosMembros estabelecerão na sua legislação que os direitos concedidos ao lesado nos termos da presente diretiva se extinguem no termo de [um] período de dez anos a contar da data em que o produtor colocou em circulação

o produto que causou o dano, exceto se a vítima tiver intentado uma ação judicial contra o produtor durante este período.»

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

11. A Pantherwerke AG é uma empresa com sede na Alemanha que produz e vende bicicletas. A. Kainz, que reside em Salzburgo, adquiriu em 3 de novembro de 2007, à Funbike GmbH, sociedade com sede na Áustria, uma bicicleta produzida pela Pantherwerke AG. Em 3 de julho de 2009, quando circulava com a bicicleta na Alemanha, A. Kainz sofreu uma queda em que ficou ferido.

12. No Landesgericht Salzburg, A. Kainz reclamou da Pantherwerke AG, com fundamento em responsabilidade por produtos defeituosos, o pagamento de um montante de 21 200 euros, acrescido de juros e de quantias acessórias, e a declaração da responsabilidade desta sociedade por danos futuros resultantes do acidente. Segundo A. Kainz, a sua queda deveuse ao facto de o garfo da roda se ter soltado do seu espigão. A Pantherwerke AG, enquanto fabricante do produto, é responsável por este defeito de produção.

13. Para justificar a competência judiciária, A. Kainz baseiase no artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001. O lugar do evento causal da lesão é a Áustria pois a bicicleta foi aí colocada em circulação, no sentido de que foi colocada à disposição do utilizador final no âmbito de uma distribuição comercial.

14. A Pantherwerke AG contesta a competência internacional dos tribunais austríacos. No seu entender, o lugar do evento causal do dano é a Alemanha. Por um lado, o processo de produção tem lugar na Alemanha, por outro, o produto é colocado em circulação

na Alemanha, mediante a sua expedição a partir da sede desta sociedade.

15. Tanto em primeira instância como em recurso, os juízes de mérito declinaram a competência internacional na ação interposta por A. Kainz.

16. Sendolhe submetido um recurso de «Revision», o órgão jurisdicional de reenvio considera necessário classificar o conceito de lugar do evento causal em matéria de responsabilidade por um produto defeituoso.

17. Foi nestas condições que o Oberster Gerichtshof decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) A expressão ‘lugar onde ocorreu ou poderá ocorrer o facto danoso’, constante do artigo 5º, ponto 3, do [Regulamento nº 44/2001], deve ser interpretada, nos casos de responsabilidade por produtos defeituosos, no sentido de que:

a) O lugar onde ocorreu o facto que causou o dano (‘lugar do evento’ [‘Handlungsort’]) é o lugar da sede do produtor?

b) O lugar onde ocorreu o facto que causou o dano (‘lugar do evento’ [‘Handlungsort’]) é o lugar onde o produto foi colocado em circulação?

c) O lugar onde ocorreu o facto que causou o dano (‘lugar do evento’ [‘Handlungsort’]) é o lugar da aquisição do produto pelo seu utilizador?

2) Em caso de resposta afirmativa à [primeira questão, alínea b)]:

a) O produto é colocado em circulação quando sai do processo de fabrico realizado pelo produtor e entra num processo de comercialização em que é oferecido ao público com vista a ser utilizado ou consumido?

b) O produto é colocado em circulação quando é distribuído de forma estruturada aos consumidores finais?»

Quanto às questões prejudiciais

18. Com as suas questões prejudiciais, que há que examinar em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio procura, em substância, saber como interpretar, caso seja posta em causa a responsabilidade de um fabricante por um produto defeituoso, o artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001 a fim de identificar o lugar do evento que está na origem do dano.

19. Para responder a esta questão, importa desde logo recordar que, de acordo com jurisprudência constante, as disposições do Regulamento nº 44/2001 devem ser interpretadas autonomamente, tomando por referência o seu sistema e os seus objetivos (v., nomeadamente, acórdãos de 16 de Julho de 2009, *ZuidChemie*, C189/08, Colet., p. I6917, nº 17, e de 3 de outubro de 2013, *Pinckney*, C170/12, ainda não publicado na *Coletânea*, nº 23).

20. Em seguida, há que precisar que embora seja certo que resulta do considerando 7 do Regulamento nº 864/2007 que o legislador da União procurou assegurar a coerência entre, por um lado, o Regulamento nº 44/2001 e, por outro, o âmbito de aplicação material e as disposições do Regulamento nº 864/2007, daqui não resulta que as disposições do Regulamento nº 44/2001 devam, por isso, ser interpretadas à luz das do Regulamento nº 864/2007. Em nenhum caso a coerência desejada pode conduzir a dar às disposições do Regulamento nº 44/2001 uma interpretação estranha ao seu sistema e aos seus objetivos.

21. A este respeito há que recordar que o sistema de atribuição de competências comuns previstas pelas disposições que figuram no capítulo II do Regulamento nº 44/2001 baseia-se na regra geral, enunciada no artigo 2º, nº 1, do mesmo, segundo a

qual as pessoas domiciliadas no território de um Estado-Membro devem ser demandadas perante os órgãos jurisdicionais desse Estado, independentemente da nacionalidade das partes. Só por derrogação da regra geral da competência dos órgãos jurisdicionais do domicílio do demandado é que as disposições do capítulo II, secção 2, do Regulamento nº 44/2001 preveem um certo número de regras de competência especiais, entre as quais figura a do artigo 5º, nº 3, desse regulamento (acórdão de 18 de julho de 2013, ÖFAB, C147/12, ainda não publicado na Coletânea, nº 30 e jurisprudência referida).

22. Estas regras de competência especiais devem ser interpretadas estritamente, não permitindo uma interpretação que vá para além das hipóteses contempladas expressamente pelo referido regulamento (acórdão ÖFAB, já referido, nº 31 e jurisprudência referida).

23. Contudo, constitui jurisprudência constante que, caso o lugar onde se situa o facto suscetível de implicar uma responsabilidade extracontratual não coincida com o lugar onde esse facto provocou o dano, a expressão «lugar onde ocorreu [...] o facto danoso», que figura no artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001, deve ser entendida no sentido de que se refere simultaneamente ao lugar da materialização do dano e ao lugar onde decorreu o evento causal que está na origem desse dano, de modo que o requerido pode ser demandado, à escolha do requerente, perante o tribunal de qualquer destes lugares (v., nomeadamente, acórdãos já referidos, ZuidChemie, nº 23, e Pinckney, nº 26).

24. Uma vez que a identificação de um dos elementos de conexão deve permitir determinar a competência do tribunal objetivamente mais bem posicionado para apreciar se os elementos constitutivos da

responsabilidade do requerido estão reunidos, a ação só pode ser intentada perante o tribunal no âmbito do qual se situa o elemento de conexão pertinente (v. acórdão Pinckney, já referido, nº 28 e jurisprudência referida).

25. No quadro do litígio que lhe foi submetido no processo principal, é ponto assente que o órgão jurisdicional de reenvio se interroga exclusivamente sobre a determinação do lugar do evento causal.

26. O Tribunal de Justiça já precisou que, em caso de responsabilidade por um produto defeituoso, esse lugar se situa onde ocorreu o facto que danificou o produto (v., neste sentido, acórdão ZuidChemie, já referido, nº 27). Em princípio, esta circunstância ocorre no lugar em que o produto é fabricado.

27. Dado que a proximidade com o lugar onde ocorreu o facto que danificou o produto, nomeadamente pela possibilidade de recolher meios de prova com vista a comprovar o defeito em causa, facilita a organização útil do processo e, por conseguinte, uma boa administração da justiça, a atribuição de competência ao tribunal a cuja circunscrição pertence esse local está conforme com a razão de ser da competência especial prevista no artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001, a saber, a existência de um elemento de conexão particularmente estreito entre a contestação e o tribunal do local em que o facto danoso ocorreu (v., neste sentido, acórdãos já referidos ZuidChemie, nº 24, e Pinckney, nº 27).

28. Uma atribuição de competência ao tribunal do local de fabrico do produto em causa responde, além disso, à exigência de previsibilidade das regras de concorrência, na medida em que tanto o fabricante demandado como a vítima demandante podem razoavelmente prever que esse tribunal será o melhor para decidir um litígio que implique,

nomeadamente, a constatação de um defeito no referido produto.

29. Por conseguinte, há que constatar que, caso seja desencadeada a responsabilidade de um fabricante por um produto defeituoso, o lugar do evento causal é o lugar em que o produto em causa foi fabricado.

30. Finalmente, não pode proceder o argumento invocado por A. Kainz segundo o qual a interpretação da competência especial em matéria extracontratual deve ter em conta, além do interesse de uma boa administração da justiça, o interesse da pessoa lesada permitindolhe propor a ação no tribunal do Estado-Membro do seu domicílio.

31. Não só o Tribunal de Justiça já salientou que o artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001 não prossegue o objetivo de oferecer à parte mais fraca uma proteção reforçada (v., neste sentido, acórdão de 25 de outubro de 2012, Folien Fischer e Fofitec, C133/11, ainda não publicado na Coletânea, nº 46), mas também importa observar que a interpretação preconizada por A. Kainz, segundo a qual o lugar do evento causal é aquele em que o produto em causa é transferido para o consumidor final ou para o revendedor, também não garante que o referido consumidor possa demandar, em todos os casos, o tribunal do seu domicílio, pois esse lugar pode não ser o do domicílio, e até estar situado noutro país.

32. Em qualquer caso, na impossibilidade eventual de estabelecer, em aplicação dos critérios objetivos consagrados pela interpretação do artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001, a competência de um tribunal do Estado-Membro em que está

domiciliado o demandante está conforme com a regra geral, recordada no nº 21 do presente acórdão, da competência dos tribunais do domicílio do demandado.

33. Tendo em vista o que precede, há que responder às questões submetidas que o artigo 5º, nº 3, do Regulamento nº 44/2001 deve ser interpretado no sentido de que, quando for desencadeada a responsabilidade de um fabricante por um produto defeituoso, o lugar do evento que deu origem ao dano é o lugar em que o produto em causa foi fabricado.

Quanto às despesas

34. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

O artigo 5º, nº 3, do Regulamento (CE) nº 44/2001 do Conselho, de 22 de dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, deve ser interpretado no sentido de que, quando for desencadeada a responsabilidade de um fabricante por um produto defeituoso, o lugar do evento que deu origem ao dano é o lugar em que o produto em causa foi fabricado.

Assinaturas

* Língua do processo: alemão.

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção)

13 de março de 2014 (*)

«Reenvio prejudicial – Diretiva 2006/114/CE – Conceitos de ‘publicidade enganosa’ e de ‘publicidade comparativa’ – Regulamentação nacional que prevê a publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita como dois factos ilícitos distintos»

No processo C52/13,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267º TFUE, apresentado pelo Consiglio di Stato (Itália), por decisão de 16 de novembro de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 31 de janeiro de 2013, no processo

Posteshop SpA – Divisione Franchising Kipoint

contra

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato,

Presidenza del Consiglio dei Ministri, sendo intervenientes:

Cg srl,

Tacoma srl,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Oitava Secção),

composto por: C. G. Fernlund, presidente de secção, A. Ó Caoimh e E. Jarašiūnas (relator), juízes,

advogado-geral: E. Sharpston,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos,

vistas as observações apresentadas:

– em representação da Posteshop SpA – Divisione Franchising Kipoint, por A. Vallefuoco e V. Vallefuoco, avvocati,
– em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por S. Fiorentino, avvocato dello Stato,

– em representação do Governo austríaco, por A. Posch, na qualidade de agente,

– em representação da Comissão Europeia, por C. Zadra e M. van Beek, na qualidade de agentes,

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa (versão codificada) (JO L 376, p. 21).

2 Esse pedido foi apresentado no quadro de um litígio que opõe a Posteshop SpA – Divisione Franchising Kipoint (a seguir «Posteshop») à Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Autoridade garante da concorrência e do mercado, a seguir «Autorità») e à Presidenza del Consiglio dei Ministri (Presidência do Conselho de Ministros) a propósito de uma decisão que qualifica de publicidade enganosa um facto cometido pela Posteshop.

Quadro jurídico

Direito da União

3 Os considerandos 1, 3, 8 e 16 a 18 da Diretiva 2006/114 preveem:

«(1) A Diretiva 84/450/CEE, do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa [(JO L250, p. 17)] foi alterada várias vezes de modo substancial, sendo conveniente, por uma questão de lógica e clareza, proceder à sua codificação.

[...]

(3) A publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita podem levar a distorções de concorrência no mercado interno.

[...]

(8) A publicidade comparativa, quando compara características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas e não é enganosa, pode constituir um meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhe estão associadas. [...]

[...]

(16) As pessoas ou organizações que tenham, de acordo com a lei nacional, um interesse legítimo na matéria, devem poder reagir contra a publicidade enganosa ou comparativa ilícita, quer perante um tribunal, quer perante uma autoridade administrativa competente para decidir sobre denúncias ou para mover os procedimentos legais apropriados.

(17) Os tribunais ou as autoridades administrativas devem dispor do poder de ordenar ou obter a cessação da publicidade enganosa e da publicidade comparativa ilícita [...].

(18) Os controlos voluntários exercidos por entidades de autorregulação a fim de eliminar a publicidade enganosa ou a publicidade comparativa ilícita podem evitar o recurso a ações administrativas ou judiciais e devem, portanto, ser encorajados.»

4 Nos termos do artigo 1º da Diretiva 2006/114:

«A presente diretiva tem por objetivo proteger os negociantes contra a publicidade enganosa e as suas consequências desleais e estabelecer as normas permissivas da publicidade comparativa.»

5 O artigo 2º da diretiva enuncia:

«Para efeitos da presente diretiva, entendese por:

a) ‘Publicidade’: qualquer forma de comunicação feita no âmbito de uma atividade negocial, comercial, artesanal ou liberal com o objetivo de promover o fornecimento de bens ou de serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações.

b) ‘Publicidade enganosa’: a publicidade que, por qualquer forma, incluindo a sua apresentação, induz em erro ou é suscetível de induzir em erro as pessoas a quem se dirige ou que atinge e cujo comportamento económico pode afetar, em virtude do seu carácter enganador, ou que, por estas razões, prejudica ou pode prejudicar um concorrente;

c) ‘Publicidade comparativa’: a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente;

[...]»

6 O artigo 3º da referida diretiva indica que, para determinar se uma publicidade é enganosa, devem ter-se em conta todos os seus elementos e enumera certos elementos pertinentes a este respeito.

7 O artigo 4º da mesma diretiva prevê as condições em que a publicidade comparativa é permitida.

8 Nos termos do artigo 5º da Diretiva 2006/114:

«1. Os EstadosMembros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para lutar contra a publicidade enganosa e garantir o cumprimento das disposições em matéria de publicidade comparativa no interesse dos negociantes e dos concorrentes.

[...]

3. Nos termos das disposições referidas nos nºs 1 e 2, os EstadosMembros conferirão aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem, no caso de considerarem que estas medidas são

necessárias, tendo em conta todos os interesses em jogo, nomeadamente o interesse geral, a:

a) Ordenar a cessação de uma publicidade enganosa ou comparativa ilícita, ou a instaurar os processos judiciais adequados para que seja ordenada a cessação dessa publicidade;

ou ainda a

b) Proibir a publicidade enganosa ou comparativa ilícita, ou a instaurar os processos judiciais adequados para que seja ordenada a proibição dessa publicidade quando esta não tenha ainda sido levada ao conhecimento do público mas cuja difusão esteja iminente.

[...]

4. Os EstadosMembros podem conferir aos tribunais ou às autoridades administrativas competências que os habilitem, com vista a eliminar os efeitos persistentes de uma publicidade enganosa ou de uma publicidade comparativa ilícita cuja cessação tenha sido ordenada por uma decisão definitiva, a:

a) Exigir a publicação dessa decisão, no todo ou em parte e da forma que considerem adequada;

b) Exigir, além disso, a publicação de um comunicado retificativo.

[...]

9 O artigo 6º desta diretiva dispõe:

«A presente diretiva não exclui o controlo voluntário, que pode ser incentivado pelos EstadosMembros, da publicidade enganosa ou comparativa por entidades de autorregulação [...]»

10 Nos termos do artigo 8º, nº 1, da Diretiva 91/414:

«A presente diretiva não prejudica a manutenção ou adoção, pelos EstadosMembros, de disposições que assegurem uma proteção mais ampla em matéria de publicidade enganosa de negociantes e concorrentes.

O primeiro parágrafo não é aplicável à publicidade comparativa, no que se refere exclusivamente à comparação.»

Direito italiano

11 O Decreto Legislativo nº 145 de 2 de agosto de 2007, relativo à transposição do artigo 14º da Diretiva 2005/29/CE, que altera a Diretiva 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa (GURI nº 207, de 6 de setembro de 2007, a seguir «Decreto Legislativo nº 145/2007»), prevê, no seu artigo 1º, nº 1:

«As disposições do presente decreto legislativo têm por objetivo proteger os negociantes contra a publicidade enganosa e suas consequências desleais e estabelecer as condições em que a publicidade comparativa é permitida.»

12 O artigo 3º desse decreto define os elementos que permitem apreciar a natureza enganosa da publicidade. O seu artigo 4º enumera as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita.

13 Nos termos do artigo 8º, nºs 8 e 9, do referido decreto legislativo:

«8. Se considerar que a publicidade é enganosa ou que a mensagem de publicidade comparativa é ilícita, a [Autorità] proíbe a respetiva a difusão quando não tiver ainda sido levada ao conhecimento do público, ou, no caso contrário, a sua prossecução. Essa decisão pode igualmente prever, a expensas do profissional, a publicação da decisão, igualmente por excerto, bem como, eventualmente, uma declaração específica retificativa que permita evitar que a publicidade enganosa ou a mensagem de publicidade comparativa ilícita continue a produzir efeitos.

9. Além da medida de proibição da difusão da publicidade, a [Autorità] decide ainda da aplicação de uma coima de 5000 [euros] a 500 000 [euros], tendo em conta a

gravidade e a duração da infração. No caso das publicidades suscetíveis de implicar um risco para a saúde ou para a segurança ou ainda de afetar, direta ou indiretamente, os menores ou adolescentes, a sanção não pode ser inferior a 50 000 [euros].»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

14 Resulta da decisão de reenvio que a Autorità, por decisão de 30 de março de 2010, declarou que a difusão, de publicidade pela Posteshop com vista promover a sua rede de franquia Kipoint constituía publicidade enganosa, na aceção dos artigos 1º e 3º do Decreto Legislativo nº 145/2007. Por conseguinte, na mesma decisão, proibiu a continuidade dessa difusão e aplicou à Posteshop uma sanção pecuniária de 100 000 euros.

15 A Posteshop interpôs recurso dessa decisão no Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administrativo regional da Lazio). Este último negou provimento ao recurso, declarando designadamente que resulta claramente dos artigos 1º, assim como 5º, nºs 3, alíneas a) e b), e 4, da Diretiva 2006/114 que o sistema de proteção implementado por esta não abrange unicamente os casos em que a publicidade comporta simultaneamente aspetos de publicidade enganosa e de publicidade comparativa ilícita.

16 A Posteshop interpôs recurso dessa decisão para o órgão jurisdicional de reenvio. Em especial, alega aí que decorre do considerando 3 e do artigo 5º da Diretiva 2006/114 que esta tem por finalidade punir unicamente os factos que constituam simultaneamente publicidade enganosa e publicidade comparativa ilícita, e que o Decreto Legislativo nº 145/2007 deve ser interpretado nesse sentido. Por conseguinte, não pode ser acusada de ter violado essas normas.

17 O órgão jurisdicional de reenvio considera que a interpretação dada pelo Tribunale amministrativo regionale per il Lazio é a mais convincente. Todavia, é da opinião que a posição da Posteshop, segundo a qual, no que diz respeito à proteção dos negociantes, a natureza enganosa é apenas um pressuposto da ilicitude da publicidade comparativa, não é desprovida de fundamento, uma vez que assenta nos considerandos 3, 8, 16, 17 e 18 da Diretiva 2006/114, que referem «publicidade enganosa e comparativa ilícita».

18 Nestas circunstâncias, o Consiglio di Stato decidiu suspender a instância e apresentar ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve a [Diretiva 2006/114] ser interpretada, em matéria de proteção dos negociantes, no sentido de que se refere à publicidade que seja ao mesmo tempo enganosa e [...] comparativa [ilícita], ou a dois ilícitos distintos, e também cada um relevante em si mesmo, constituídos, respetivamente, pela publicidade enganosa e pela publicidade [...] comparativa [ilícita]?»

Quanto à questão prejudicial

19 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a Diretiva 2006/114 deve ser interpretado no sentido em que, no que respeita à proteção dos negociantes, visa a publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita como duas infrações autónomas e que, para proibir e sancionar uma publicidade enganosa, não é necessário que esta última constitua igualmente uma publicidade comparativa ilícita.

20 A este respeito, importa observar que, por um lado, como indica o órgão jurisdicional de reenvio, os considerandos 3 e 16 a 18 da

Diretiva 2006/114, na sua versão em língua italiana, a formulação «pubblicità ingannevole ed illegittimamente comparativa» (publicidade enganosa e ilicitamente comparativa), o que poderia levar a pensar que abrangem uma publicidade simultaneamente enganosa e comparativa ilícita. Por outro lado, o referido considerando 3 utiliza, designadamente na sua versão em língua francesa, a formulação «publicité trompeuse et [...] publicité comparative illicite» [publicidade enganosa e [...] publicidade comparativa ilícita] e os referidos considerando 16 a 18 utilizam, nessa última versão linguística, a formulação «publicité trompeuse ou [...] publicité comparative illicite» [publicidade enganosa ou [...] publicidade comparativa ilícita], o que leva a pensar, pelo contrário, que se trata de dois tipos de publicidade diferentes.

21 Todavia, segundo jurisprudência constante, a formulação utilizada numa das versões linguísticas de disposições do direito da União não pode servir de base única para a sua interpretação. Em caso de divergência entre as diferentes versões linguísticas de um texto do direito da União, a disposição em causa deve ser interpretada em função da sistemática geral e da finalidade da regulamentação de que constitui um elemento (v. acórdãos de 12 de novembro de 1998, *Institute of the Motor Industry*, C149/97, Colet., p. I7053, nº 16 e jurisprudência referida, assim como de 24 de outubro de 2013, *Drozdovs*, C277/12, ainda não publicado na Coletânea, nº 39, e jurisprudência aí referida).

22 No caso em apreço, há que recordar que, nos termos do seu artigo 1º, a Diretiva 2006/114 prossegue um duplo objetivo que consiste, por um lado, em proteger os negociantes contra a publicidade enganosa e suas consequências desleais e, por outro, em

estabelecer as condições em que a publicidade comparativa é considerada lícita.

23 Em segundo lugar, verifica-se que os conceitos de «publicidade enganosa» e de «publicidade comparativa» são objeto de duas definições distintas, que figuram respetivamente nas alíneas b) e c) do artigo 2º da Diretiva 2006/114.

24 Em terceiro lugar, resulta dos artigos 5º, alíneas a) e b), e 6º dessa diretiva que deve existir a possibilidade de intentar uma ação judicial contra qualquer publicidade enganosa ou comparativa ilícita nos tribunais ou órgãos administrativos competentes dos EstadosMembros, que esses tribunais ou órgãos devem poder tomar medidas para ordenar a cessação de publicidade enganosa ou de publicidade comparativa ilícita ou para proibir a sua difusão e que os EstadosMembros podem incentivar os controlos voluntários para suprimir a publicidade enganosa ou a publicidade comparativa ilícita. Ao contrário dos considerando 16 a 18 da Diretiva 2006/114 na versão italiana, a utilização, nessas disposições, da conjunção «ou» em todas as versões linguísticas pressupõe assim a possibilidade de adotar essas medidas quer contra uma publicidade enganosa quer contra uma publicidade comparativa ilícita, sem ser necessária a existência cumulativa dessas duas circunstâncias para ser cometida uma infração.

25 Em quarto lugar, decorre claramente da Diretiva 2006/114 que as disposições relativas à publicidade enganosa e as disposições que dizem respeito à publicidade comparativa prosseguem lógicas diferentes. Esta diretiva prevê, no seu artigo 3º, os critérios mínimos e objetivos para determinar se uma publicidade é enganosa e por isso ilícita, ao passo que o artigo 4º da referida diretiva enumera os pressupostos cumulativos que

uma publicidade comparativa deve satisfazer para ser qualificada de lícita (v., por analogia, acórdãos de 18 de junho de 2009, L'Oréal e o., C487/07, Colet., p. I5185, nº 67, bem como de 18 de novembro de 2010, Lidl, C159/09, Colet., p. I11761, nº 16), uma vez que o considerando 8 da Diretiva 2006/114 recorda, além disso, que essa publicidade pode ser um meio legítimo de informar os consumidores das vantagens que lhe estão associadas.

26 Resulta desses elementos que, no quadro dessa diretiva, a publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita constituem cada uma uma infração autónoma.

27 Esta interpretação é corroborada pela análise da evolução da regulamentação da União no domínio da publicidade enganosa e da publicidade comparativa. Com efeito, a Diretiva 84/450, na sua versão inicial, só respeitava à publicidade enganosa. A regulamentação da publicidade comparativa foi introduzida pela Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997, que altera a Diretiva 84/450 relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa (JO L 290, p. 18). O objetivo da Diretiva 97/55, nos termos do seu considerando 18, era fixar as condições de licitude da publicidade comparativa. Em seguida, a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) nº 2006/2004 («diretiva relativa às práticas comerciais desleais») (JO L 149, p. 22) limitou o âmbito de aplicação da Diretiva 84/450 à proteção dos negociantes. Por último, a Diretiva 2006/114 codificou esta última diretiva. Daqui

decorre que o legislador da União não teve a intenção, ao adotar as Diretivas 97/55 e 2006/114, de alterar a regulamentação relativa à publicidade enganosa conforme prevista pela Diretiva 84/450, exceto limitar o seu âmbito de aplicação.

28 Face às considerações anteriores, há que responder à questão submetida que a Diretiva 2006/114 deve ser interpretada no sentido em que, quanto à proteção dos negociantes, trata a publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita como duas infrações autónomas e que, para proibir e punir uma publicidade enganosa, não é necessário que esta última constitua ao mesmo tempo uma publicidade comparativa ilícita.

Quanto às despesas

29 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Oitava Secção) declara:

A Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa, deve ser interpretada no sentido de que, quanto à proteção dos negociantes, trata a publicidade enganosa e a publicidade comparativa ilícita como duas infrações autónomas e que, para proibir e punir uma publicidade enganosa, não é necessário que esta última constitua ao mesmo tempo uma publicidade comparativa ilícita.

Assinaturas

* Língua do processo: italiano.

EDUCAÇÃO PARA A PUBLICIDADE

Ângela Maria Marini Simão Portugal Frota

Especialista em Educação para o Consumo e para a Segurança Alimentar. Dirige o Centro de Formação para o Consumo de Coimbra (Portugal), adstrito à apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo.

– A publicidade infantil deveria ser proibida ou tornar-se alvo de legislação mais rígida?

ÂNGELA MARIA MARINI SIMÃO PORTUGAL FROTA – Em nosso entender, a publicidade dirigida ao público infantil deve ser totalmente proibida, em qualquer suporte. Isto porque crianças até os 7 anos – e estudos mais avançados permitem estender esta idade até os 10 anos – não distinguem a publicidade de qualquer outro programa que lhes seja dirigido.

– As crianças, então, não estão preparadas para a interpretação dos apelos publicitários que as cercam cotidianamente?

Ângela Maria Frota – De modo algum. Em programas de televisão, celulares, redes sociais, *outdoors*, escolas e *shoppings*, por exemplo, há publicidade infantil, com estímulos diários. Uma criança precisa de apenas dois visionamentos de um anúncio, de uma mensagem, para absorvê-lo na íntegra, ao passo que o adulto precisa de treze contatos com o conteúdo para atingir o mesmo fim. Se atentarmos que as crianças entre 2 e 5 anos veem cerca de 27,5 horas de televisão por semana (e 20% deste tempo é gasto em publicidade), isso representa uma média de 26 a 27 000 mensagens publicitárias por ano. Estamos perante autênticas lavagens ao cérebro.

– Qual o maior risco desta realidade para as crianças?

Ângela Maria Frota – Confrontamo-nos com uma total falta de ética na publicidade, de que decorrem práticas reprováveis, como a manipulação infantil. A venda de produtos ficou mais sofisticada a partir de 1998 – denúncia feita Suzan Linn (professora de Psiquiatria na Escola Médica de Harvard), num documentário – “The corporation” – que foi boicotado pelas televisões dos EUA e de muitos outros países. Referia-se concretamente à manipulação infantil para comprar produtos. Duas grandes corporações, a *West International Media Century City* (WIMCC) e a *Lieberman Research World Wide* (LRW), fizeram estudos sobre a teimosia infantil. Estes estudos não se destinavam a auxiliar os pais a lidar com a teimosia da criança, mas a ajudar as corporações a “ensinar” crianças a pressionar os pais para adquirir produtos ou marcas da sua preferência, da maneira mais eficiente. Só nos Estados Unidos estas duas corporações despendem 12 bilhões de dólares por ano, para manipular o comportamento das crianças e jovens por meio da publicidade e do *marketing*. O que se pretende, no fundo, é formar futuros sujeitos acríticos e manipuláveis perante os apelos do consumismo globalizado.

– Uma providência legal neste sentido atenta contra a liberdade de expressão?

Ângela Maria Frota – As crianças são o melhor do mundo; como poderemos consentir que agentes pouco escrupulosos as manipulem sem qualquer pudor e impunemente? Não se venha alegar que a proibição pura e dura constitui uma afronta ao princípio da liberdade de expressão, a qual, em termos constitucionais, não se confunde com meras estratégias mercadológicas. O tema da liberdade de expressão merece análise na esfera político-ideológica, e não no campo da publicidade e do *marketing*. Além disso, a ética, a deontologia e a lei podem impôr legitimamente restrições ou proibições por razões de interesse público e de defesa da dignidade humana à comunicação comercial e às estratégias mercadológicas.

– Como os países europeus enfrentam esse problema?

Ângela Maria Frota – Países como a Suécia e a Noruega, entre outros, proíbem a publicidade, em qualquer suporte, dirigida a menores de 12 anos, preparando-se para ampliar esta proibição, ao que se julga saber, até os 14 anos. No Canadá, o Quebec tem proibição até os 13 anos. Países outros há que fazem sérias restrições a tais mensagens – a Inglaterra que, entre outras regras, proíbe práticas como o uso de mascotes em publicidade a alimentos; cortes rápidos de edição, com o escopo de não confundir as crianças; a insinuação de que a criança será inferior se não usar um produto anunciado; o encorajamento da valentia e o uso de efeitos especiais; na Grécia, vale ressaltar, a proibição a publicidade de brinquedos das 07:00 às 22:00 horas; na Bélgica, é vedada a publicidade dirigida às crianças na região da Flandres; e, na Irlanda, em programas infantis na TV aberta. Estes países têm níveis elevados de educação para o consumo na qual se abrange a educação para a publicidade, desde a mais tenra idade. Estes programas estão inseridos nos currículos escolares de forma transversal. Também há programas de informação para o consumo, em horário nobre (*prime time*), na TV e demais órgãos de comunicação social. Por mais que as agências de publicidade e *marketing* lutem contra tais programas, os poderes públicos destes países não permitem que sejam retirados ou vedados.

– No âmbito da União Europeia, há esforço maior em afastar a publicidade infantil?

Ângela Maria Frota – Na União Europeia, por proposta da apDC – Associação Portuguesa de Direito do Consumo, apresentada ao Comitê Econômico e Social Europeu (CESE), seu órgão consultivo, se elaborou um parecer de iniciativa – aprovado quase por unanimidade, em 18 de setembro de 2012 – em que se sugere a proibição da publicidade protagonizada por crianças e dirigida à mesma faixa etária em geral e nas televisões generalistas, com vista à adoção de um regime análogo ao da Suécia enquanto não houver, nas escolas, matérias de educação para o consumo. O parecer está em tramitação na Comissão Europeia para eventual iniciativa legislativa nesse sentido.

– Que males se busca evitar com esta iniciativa?

Ângela Maria Frota – Os investimentos em *marketing* e publicidade prejudicam as crianças e o seu desenvolvimento. Não sendo a única causa, eles são responsáveis por muitos

dos problemas, dos distúrbios que afetam as crianças de hoje, listando-se os transtornos alimentares (bulimia, anorexia, obesidade); a erotização e sexualidade precoces; a erosão das brincadeiras criativas; além de episódios de violência e estresse familiar. Ademais, assiste-se a um aumento exponencial de alcoolismo em idades muito precoces, muito embora a venda de álcool seja geralmente vedada a menores de 18 anos, como no caso das legislações portuguesa e brasileira. No entanto, as leis são sistematicamente violadas sem que haja, por parte das entidades a quem compete a fiscalização, uma atuação eficaz e dissuasora.

– É possível, aos pais e responsáveis, de forma estanque, enfrentar o problema?

Ângela Maria Frota – Em verdade, os pais terão muita dificuldade em, por si sós, subtrair os seus filhos de tanta agressão. Os políticos têm que olhar para os cidadãos que os elegem de modo continuado e permanente, lutando dia a dia para criar condições de vida saudáveis a todos os cidadãos, a começar pelas crianças. Um país que relega para segundo plano a educação, ou corta verbas anualmente para este sector, é um país condenado às galés, é um país sem futuro. Quando o Estado se exime da sua responsabilidade e as escolas são dotadas de docentes mal remunerados, desmotivados ou despreparados, o que acontece é vermos as escolas transformadas em nichos de eleição da publicidade, constituindo autênticas plataformas preferenciais de comércio, de modo a permitir a manipulação de pais e a doutrinação de alunos. Nesse contexto, detectamos o aliciamento dos professores por meio da seleção e a deliberada “oferta” de livros escolares, a insinuação de marcas nos programas de cada uma das disciplinas ou matérias, a publicidade nos livros escolares e a pretensa filantropia social com a prática de pretensos “atos de caridade”, como no caso de visitas de estudo a pizarias, hamburguerias e casas do estilo.

– Há exemplos na esfera internacional?

Ângela Maria Frota – Sim, há uma pretensa educação para a publicidade veiculada pelas associações internacionais de anunciantes e mesteres correlativos, que deve ser sustada. Veja-se o caso do *Programa Media Smart*, que veio da Inglaterra aos trambolhões. Foi implementado em algumas escolas portuguesas pela Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN), com o apoio dos responsáveis do Ministério da Educação. Nele são os publicitários e quejandos a levar uma pretensa educação para a publicidade às crianças, nas escolas, com os resultados nefastos daí decorrentes. É o mesmo que pôr a raposa a guardar o galinheiro. Estão a vender-nos gato por lebre. E o Estado consente nisso, sem se comover. E agora até se associou à iniciativa, mas não se estranhe: é que no Estado estão hoje as crianças de ontem, intensamente manipuladas e que se tornaram acrílicas... É um ciclo vicioso que há que romper impiedosamente!

– Como deve ser a educação para a publicidade?

Ângela Maria Frota – A educação para a publicidade tem de ser autêntica, autónoma, desipotecada de marcas e de influências nefastas. Mas seguida de forma autónoma pelas escolas, no quadro da educação para o consumo. Com a descodificação do fenómeno, de

modo gradual, por grupos etários, numa espiral de aprendizagem que transforme crianças e jovens acríticos e receptivos a tudo o que lhes queiram impingir em seres críticos, exigentes, imunes às distintas formas de manipulação que se lhes dirigem.

Só pela massificação da educação conseguiremos resistir a tanto atropelo, superando os quadros atuais que são de consumado crime de lesa-cidadania. Para isso, os pais e educadores têm que contar com a criação de condições para que problema tão grave a médio, longo prazo se resolva. O obscurantismo tanto serve às ditaduras mais ferozes como aos arremedos de democracia, em que lamentavelmente vivemos. A crise mundial aí está e é o resultado dos desvarios a que os sucessivos governos, na Europa, nos conduziram, com o assentimento silencioso dos povos. Se as crianças são o melhor do mundo, é crime de lesa-pátria não pugnar denodadamente para que se lhes propicie condições de desenvolvimento saudáveis, em que não cabem ações de manipulação como as que na publicidade e no *marketing* a elas dirigidas se consubstanciam.

PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS, JOVENS E ADOLESCENTES

INTERVENÇÃO DE MÁRIO FROTA,

presidente da apDC, sociedade científica que à promoção dos interesses e à protecção dos direitos dos consumidores se vota,

NA 12.^a COMISSÃO DA ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA,

perante o grupo de trabalho que se ocupa da publicidade a alimentos e bebidas com excesso de açúcares, sódio e gorduras.

Mário Frota, ouvido pelo grupo de trabalho a que preside o Deputado Pedro Delgado Alves, manifestou o seu reconhecimento e o da instituição a que preside pelo convite para se pronunciar sobre os projectos lei de “Os Verdes” e do Partido Socialista, lamentando em geral o olvido que se apossa do Parlamento relativamente a instituições de referência sediadas na “Província” e que decerto detêm notoriedade e saber muito para além das que se sediam em Lisboa e que constituem a “muleta permanente” dos decisores que, por se centrarem em Lisboa, só têm olhos para os que povoam a capital e mais cerca de si se acham...

No que tange ao “*thema decidendum*”, enalteceu as conclusões-síntese da Parecer de Iniciativa que o CESE – Comité Económico e Social Europeu –, pela mão de Jorge Pegado Liz, aprovou em 18 de Setembro transacto por uma larga maioria e sem eventuais votos contra (130 votos a favor e 3 abstenções).

Ei-las:

1. Conclusões e recomendações

a. O objetivo deste Parecer é contribuir para a informação, a discussão e o possível aprofundamento, a nível comunitário, das medidas, de carácter legal ou outras, de proteção das crianças e jovens face a certa publicidade que ou utiliza indevidamente as crianças nos seus anúncios, ou se lhes dirige de forma nociva ou, de qualquer modo, a expõe a mensagens lesivas para o seu adequado desenvolvimento físico, mental e moral.

b. Em causa está a proteção de direitos fundamentais das crianças na UE, tal como definidos na Convenção das Nações Unidas, no artigo 24º da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais no artigo 3º, nº 3, do TUE e bem interpretados na Comunicação da Comissão «Rumo a uma estratégia da UE sobre os direitos da criança» (COM(2006) 367 final)) e no «Programa Plurianual para a proteção das crianças que utilizam a Internet e outras tecnologias das comunicações» (COM(2008) 106 final) e no «Programa da UE para os direitos da criança» (COM(2011) 60 final)).

c. A publicidade que se serve abusivamente de crianças para finalidades que nada têm a ver com assuntos que diretamente lhes respeitem, ofende a dignidade humana e atenta contra a sua integridade física e mental e deve ser banida.

d. A publicidade dirigida a crianças comporta riscos agravados consoante os grupos etários, com consequências danosas para a sua saúde física, psíquica e moral, destacando-se, como particularmente graves, o incitamento ao consumo excessivo conducente ao endividamento e o consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos ou perigosos para a saúde física e mental.

e. De um modo geral, certa publicidade, pelos seus conteúdos particularmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos ou pornográficos, afeta, por vezes irreversivelmente, a formação física, psíquica, moral e cívica das crianças, conduzindo a comportamentos violentos e à erotização precoce.

f. O CESE entende que estas questões devem ser analisadas em profundidade e enquadradas a nível da UE, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade não só porque está em causa a efetiva garantia da proteção de direitos fundamentais, como também porque a diversidade das regulamentações nacionais põe em risco o bom funcionamento do mercado interno e, nesse sentido, recomenda que seja adotada, a nível comunitário, com carácter geral, uma idade mínima para a publicidade dirigida especialmente a crianças.

g. O CESE julga que deve ser posta uma ênfase especial na capacitação, informação e formação das crianças desde a mais tenra idade, na utilização correta das tecnologias da informação e na interpretação das mensagens publicitárias, inscrevendo estas matérias nos currículos escolares a todos os níveis. Também os pais deverão ser capacitados para acompanharem os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias.

h. O CESE entende que os cidadãos em geral e, em especial, as famílias e os docentes devem ser igualmente informados e formados para poderem melhor desempenhar as suas funções tutelares junto dos menores.

i. O CESE apela aos anunciantes e patrocinadores para, no âmbito das iniciativas da auto-regulação e da correção, já adotadas e a promover, assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar.

j. O CESE entende que o quadro legal comunitário não está à altura das necessidades atuais de proteção dos direitos das crianças face às comunicações comerciais, nomeadamente através dos meios audiovisuais, da Internet e das redes sociais, e insta a Comissão a considerar com urgência a necessidade de adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantam de forma efetiva esses direitos.

k. O CESE apela ao Parlamento Europeu e aos Parlamentos Nacionais para prosseguirem com denodo a sua tradição de defesa dos direitos das crianças neste domínio especial.

A resposta, porém, ao candente tema objecto das iniciativas legislativas enunciadas, é susceptível de se lobrigar em dispositivos outros do ordenamento pátrio, a saber:

CÓDIGO DA PUBLICIDADE

A alínea c) do nº 2 do artigo 7º, sob a epígrafe “**princípio da licitude**”, estabelece de modo inequívoco que:

“*É proibida, nomeadamente, a publicidade que:*

...

c) Atente contra a dignidade da pessoa humana.”

Já o artigo 13, que se reporta à prevenção de riscos e perigos em matéria de saúde e segurança do consumidor, prescreve imperativamente que:

“1 – É proibida a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e segurança do consumidor, nomeadamente por deficiente informação acerca da perigosidade do produto ou da especial susceptibilidade da verificação de acidentes em resultado da utilização que lhe é própria.

2 – A publicidade não deve comportar qualquer apresentação visual ou descrição de situações onde a segurança não seja respeitada, salvo justificação de ordem pedagógica.

3 – O disposto nos números anteriores deve ser particularmente acautelado no caso da publicidade especialmente dirigida a crianças, adolescentes, idosos ou deficientes.”

Já no que toca especificamente às restrições de conteúdo que o artigo 14 de um tal Código encerra, importaria conferir o pertinente quadro lexicológico:

“1 – A publicidade especialmente dirigida a menores deve ter sempre em conta a sua vulnerabilidade psicológica, abstendo-se, nomeadamente, de:

a) Incitar directamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um determinado bem ou serviço;

b) Incitar directamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos ou serviços em questão;

c) **Conter elementos susceptíveis de fazerem perigar** a sua integridade física ou moral, bem como **a sua saúde ou segurança**, nomeadamente através de cenas de pornografia ou do incitamento à violência;

d) Explorar a confiança especial que os menores depositam nos seus pais, tutores ou professores.

2 – Os menores só podem ser intervenientes principais nas mensagens publicitárias em que se verifique existir uma relação directa entre eles e o produto ou serviço veiculado.”

Dispositivo que é, afinal, nuclear em todo o congenho dos meios e do que importa na prevenção de riscos e perigos para a saúde de crianças, jovens e adolescentes, mas que mercê do descaso a que se assiste – tanto no que se prende com a prevenção como com a repressão de mensagens que ofendem clamorosamente o princípio e a regra –, se transformou em autêntica letra morta...

O que não é nada dignificante para um qualquer Estado de Direito.

Ademais, também o artigo 20 do Código em realce poderá ser trazido à colação (já que os estabelecimentos de ensino se converteram, em tantas situações, em autênticas plataformas de comércio) porque previne situações do jaez destas, em particular quando se refere às bebidas alcoólicas, mormente em ocasiões em que a cerveja invade todos espaços por altura das festividades promovidas pelos escolares:

“É proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, ao tabaco ou a qualquer tipo de material pornográfico em estabelecimentos de ensino, bem como em quaisquer publicações, programas ou actividades especialmente destinados a menores.”

Porém, legislar neste particular não será tarefa isenta de riscos. *Maxime* se se ignorar que há já norma expressa, no que tange à radiodifusão audiovisual, a proibir a toda e qualquer comunicação comercial de se aventurar por um tal segmento.

Com efeito, a Lei nº 8/2011, de 11 de Abril, aditou à Lei da Televisão, em razão da transposição da Directiva dos Serviços da Comunicação Social Audiovisual (Directiva 2010/13/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho da União, de 10 de Março) o artigo 41-A que, no seu nº 8, estabelece de forma emblemática que:

“Não é admitida a apresentação, durante a exibição de programas infantis, de qualquer tipo de mensagens comerciais susceptíveis de prejudicar o desenvolvimento físico e mental dos menores, designadamente as relativas a alimentos e bebidas que contenham nutrientes e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico cuja presença em quantidades excessivas no regime alimentar não é recomendada.”

Preceito que terá naturalmente de ser integrado por disposições normativas que relevem de instrumentos internacionais e/ou nacionais que estabeleçam a tal propósito índices adequados, segundo as “*leges artis*” ou as tabelas comumente reconhecidas pela OMS, que vem desenvolvendo um sem-número de linhas de investigação neste preocupante segmento da saúde pública infantil.

Facto que não é de somenos é que importa contemplar todos os suportes, que não exclusivamente o da comunicação social audiovisual, a que o dispositivo se dirige expressamente.

Mas o que importa é que não se ignore que o ordenamento aparelhara já uma resposta a fenómeno tão em voga, que vem exigindo do direito comparado iniciativas enérgicas, tanto no plano legislativo como no da atitude – e de medidas outras – perante práticas conducentes à obesidade infanto-juvenil.

Além do mais – e porque o Código da Publicidade, por importação do conceito da Directiva da Publicidade Enganosa e Comparativa (Directiva 2006/114/CE, de 12 de Dezembro), se dirige primordialmente às relações entre concorrentes, entre empresários (cfr. artigo 1º) – curial seria que as normas constassem eventualmente do Código da Publicidade II, no dizer de Jorge Pegado Liz, que é a fonte privilegiada das relações entre consumidores e fornecedores (por extensão, anunciantes, publicitários e suportes).

Ora, Código da Publicidade II é a “*Lei das Práticas Comerciais Desleais*” (Decreto-Lei 57/2008, de 26 de Março, fruto da transposição da Directiva 2005/29/CE, de 11 de Maio), em cuja alínea e) do artigo 12 se proclama:

“Artigo 12º

Práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância

São consideradas agressivas, em qualquer circunstância, as seguintes práticas comerciais:

e) Incluir em anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os bens ou serviços anunciados...”

Que, em rigor, recobre o nº 1 do artigo 14 do Código da Publicidade noutro passo transcrito.

Daí que se haja de ponderar a iniciativa a empreender neste particular.

Não se ignora que há um Código de Autoconduta erigido no âmbito do Instituto de Autodisciplina da Comunicação Comercial a este propósito, mas nem sempre tal se tem revelado eficiente na prevenção e na repressão dos ilícitos no quadro da comunicação comercial, ao menos em Portugal.

Que a situação em Espanha, por exemplo, é diametralmente oposta à que ocorre entre nós.

Que efeitos se tem colhido de regras auto-regulatórias expressas como segue?

“Salvaguardado o princípio da legalidade, a comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigida a crianças, feita ou não através de alegações nutricionais, não deve atribuir nem sugerir que um produto tem propriedades de prevenção, tratamento e de cura de doenças humanas nem mencionar tais propriedades.

4.1. A publicidade a alimentos e bebidas dirigida a crianças não deve conter situações que demonstrem menosprezo pela saúde ou práticas de vida saudável.

4.2. A comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigida a crianças não deve gerar a crença de que um produto tem propriedades ou efeitos equivalentes aos de um medicamento.

4.3. A comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigida a crianças não deve ser condescendente ou encorajar excessos de consumo. Isto inclui, nomeadamente, a apresentação das doses, que devem ser apropriadas aos cenários retratados, por exemplo, não mostrando o produto promovido em quantidades desproporcionadas.

4.4. A comunicação comercial de alimentos e bebidas dirigida a crianças que não sejam considerados substitutos de refeição, não deve sugerir que um produto substitui uma qualquer refeição principal (pequeno-almoço, almoço e jantar).”

Que efeitos, pois?

O facto de haver expressões bombásticas a este propósito faz alguma diferença?

Aliás, o primitivo texto que, salvo erro, datava de Setembro de 2005, manteve-se por dilatado lapso de tempo autêntica letra morta.

E o que se lhe substituiu não se mostra que tenha uma vida consistente.

O que é deplorável!

Uma diferente atitude poderia estribar a auto-regulação e emprestar-lhe a aura que ora, em tantos domínios, entre nós, se não reconhece.

Ademais, nem todos os anunciantes se congregam em redor do Instituto de Autodisciplina.

Daí que o papel do Estado deva ser obviamente reforçado, já que se não pode deixar impunemente estes domínios à mercê de quem retira vantagens da ilicitude ou dos compromissos a que se adscreeva e que são sistematicamente rompidos sem uma enérgica intervenção de “quem de direito”...

E ainda quando empresas com a responsabilidade de uma Coca-Cola se propõem “encetar” programas que visem pretensamente pugnar contra a acção deletéria de refrigerantes associados à explosão da obesidade infanto-juvenil, é pelo emprego abusivo, ilícito e fortemente censurável de crianças que tendem a urdir as suas campanhas, numa manifestação antitética que comove alguns, mas não ilude a generalidade dos que dominam as técnicas da comunicação comercial e não ignoram as prescrições restritivas ou proibitivas da lei ou do Código...

E é importante que nos não deixemos enredar na sua trama... para se não perder o distanciamento e não sermos também parte da sua estratégia para ludibriar os espíritos, afrontando clamorosamente a lei, a pretexto de estarem a concorrer para a superação do problema...

(Aliás, na Grã-Bretanha a publicidade da Coca-Cola, tão aplaudida no Parlamento português por alguns deputados, foi mandada retirar de circulação porque ofensiva dos interesses dos jovens...)

Se nos interrogarmos se deve haver uma iniciativa global, integradora, de oposição ao flagelo de saúde pública que é o da obesidade infanto-juvenil, responderemos obviamente que é saudável que tal ocorra.

Mas uma iniciativa do jaez destas é algo de moroso, que se protrairá no tempo, não se antevendo no horizonte em que momento se apresentará e menos ainda a que distância os seus efeitos se produzirão.

De modo que se nos afigura se legisle, fundindo os projectos-lei, mas sobretudo que se exija uma actuação incisiva da administração pública central na prevenção e repressão dos ilícitos neste particular detectados ou denunciados, sob pena de prevaricação.

De forma sintética reproduza-se o que neles se contém:

GRUPO PARLAMENTAR “OS VERDES”

“Artigo 20º

(...)

1. (anterior corpo do artigo)
2. É proibida a publicidade a produtos alimentares:
 - a. em publicações destinadas ao público infantil e juvenil;
 - b. na televisão:
 - i. nos períodos destinados a programação infantil e juvenil;
 - ii. em spots ou filmes publicitários filmados com crianças ou jovens ou a eles em particular dirigidos, independentemente do período em que sejam emitidos.

c. na internet em sítios ou páginas com conteúdos destinados ao público infantil e juvenil.

3. Excepcionam-se do número anterior as actividades publicitárias e de divulgação destinadas a promover hábitos de alimentação saudável.”

GRUPO PARLAMENTAR SOCIALISTA

“Artigo 20º-A

Publicidade de produtos alimentares e bebidas dirigidas a menores

1 – É proibida a publicidade a alimentos e bebidas de elevado teor em açúcar, gordura ou sódio em estabelecimentos de ensino básico e secundário e num raio circundante de 500 metros, bem como em publicações, programas ou actividades destinadas a menores, em publicações, programas ou actividades destinadas a menores.

2 – É proibida a publicidade a alimentos e bebidas de elevado teor em açúcar, gordura ou sódio na televisão e na rádio nos 30 minutos anteriores e posteriores a programas infantil, bem como na inserção de publicidade nas respectivas interrupções.

3 – A publicidade a alimentos e bebidas de elevado teor em açúcar, gordura ou sódio dirigida a menores deve ser clara e objectiva e não relacionar o consumo do produto a potenciais benefícios para a saúde ou outros, abstendo-se, designadamente, de:

a) Criar um sentido de urgência ou necessidade premente no consumo do produto anunciado;

b) Transmitir a ideia de facilitismo na sua aquisição, minimizando os seus custos;

c) Transmitir a ideia de benefício no seu consumo exclusivo ou exagerado, comprometendo a valorização de uma dieta variada e equilibrada e um estilo de vida saudável;

d) Associar o consumo do produto à aquisição de estatuto, popularidade, sucesso ou inteligência.

4 – Para efeitos do disposto nos números anteriores, consideram-se alimentos e bebidas de elevado teor em açúcar, gordura ou sódio, os géneros alimentícios que contenham uma quantidade de açúcar, gordura, gordura saturada ou sódio proveniente da adição de sal de cozinha ou outro, que comprometa, de acordo com o conhecimento científico disponível e nos termos das recomendações a emitir pela Direcção-Geral de Saúde, uma dieta variada, equilibrada e saudável.»

A Direcção-Geral do Consumidor tem de reforçar a sua intervenção em segmentos do estilo, já que uma simples passagem em revista das campanhas que amiúde se projectam no pequeno ecrã permite, sem esforço, verificar que a publicidade que envolve as crianças ou que as emprega como partícipes principais na mensagem invade ilicitamente tais espaços... impunemente!

A ausência de intervenção constitui manifestação, a um tempo expressa e tácita, de efectiva permissão e de branqueamento das ilicitudes que se repetem à exaustão perante os olhos de quem quer.

Curial será – para que o Direito se cumpra – que o Parlamento emita uma Resolução neste sentido, já que não se admite que a inércia e a inépcia da própria administração central consintam no atropelo permanente e constituam um estímulo para que os adversários da Cidadania vejam coroados de êxito os seus projectos malsãos e nisso pressintam como que um “aquietar”..., um assentimento dos poderes públicos!

Por isso é que o Código da Publicidade é pasto das mais crassas **AGRESSÕES**, sem que ninguém se comova, enquanto outros, como é o nosso caso, **CLAMAM FURIOSAMENTE NO DESERTO!**

De par com a intervenção sistemática da administração central do Estado neste domínio específico, por relevante, insta-se a que se dê plena expressão – e mais de três décadas se escoaram sem nada, absolutamente nada de significativo houvesse ocorrido – ao comando do artigo 6º da **LDC** – Lei de Defesa do Consumidor – que reza emblematicamente o seguinte:

Artigo 6º

Direito à formação e à educação

*“1 – Incumbe ao Estado a **promoção de uma política educativa para os consumidores**, através da inserção **nos programas e nas actividades escolares**, bem como nas acções de educação permanente, de **matérias relacionadas com o consumo e os direitos dos consumidores**, usando, designadamente, os meios tecnológicos próprios numa sociedade de informação.*

2 – Incumbe ao Estado, às Regiões Autónomas e às autarquias locais desenvolver acções e adoptar medidas tendentes à formação e à educação do consumidor, designadamente através de:

*a) **Concretização, no sistema educativo, em particular no ensino básico e secundário, de programas e actividades de educação para o consumo;***

b) Apoio às iniciativas que neste domínio sejam promovidas pelas associações de consumidores;

*c) **Promoção de acções de educação permanente de formação e sensibilização para os consumidores em geral;***

*d) **Promoção de uma política nacional de formação de formadores e de técnicos especializados na área do consumo.***

3 – Os programas de carácter educativo difundidos no serviço público de rádio e de televisão devem integrar espaços destinados à educação e à formação do consumidor.

4 – Na formação do consumidor devem igualmente ser utilizados meios telemáticos, designadamente através de redes nacionais e mundiais de informação, estimulando-se o recurso a tais meios pelo sector público e privado.”

Trata-se, de resto, de algo de programático que o Ministério da tutela (os sucessivos Ministérios de 1981 a 2013) e o da Educação (em dimensão e temporalidade análogas) jamais traduziram para a realidade com inenarráveis prejuízos para a Cidadania.

De tal sorte que hoje consentem despudoradamente que entidades como os **ANUNCIANTES**, agrupadas em redor da sua associação de “classe” – a APAN –, promova no seio das Escolas, com o beneplácito do Ministério da Educação e a presença de “representante” da Direcção-Geral do Consumidor (Ministério da Economia e do Emprego) um famigerado “programa de educação para a publicidade” (o “*media smart*”)...

O Estado demite-se da sua nobre missão e abre as portas a quem prossegue objectivos outros que se não compaginam com o desinteresse que deveria ser o molde aferidor de uma qualquer intervenção.

Parece, salvo melhor juízo, que não se trata de algo de altruístico, de generoso, a que se assiste, antes de interesses marcadamente egoísticos os que presidem às acções no âmbito do *media smart*.

Como alguém impressivamente o referiu, é manifestamente estranho que as entidades oficiais que superintendem no ensino oficial consintam que “se cometa a chave do galinheiro à raposa”... ou, numa formulação mais chá, “se ponha a raposa a guardar as galinhas”...

Os interesses neste particular postulados não deveriam permiti-lo.

Mas a inépcia do Estado e a forma envolvente como os agentes económicos preservam e garantem os seus interesses faz o resto.

Aliás, por alguma razão terão recorrido à figura de um prestigiado ministro da Educação da Aliança Democrática, como personalidade de vulto que é o rosto do programa...

Só e tão só. Que as acções escapam efectivamente a quem confere prestígio a algo que nos preocupa imensamente!

Curial seria que o Estado cumprisse a sua carta de missão!

E promovesse medidas adequadas em ordem a educar e formar para o consumo, nas múltiplas valências por que tal se estende.

Resumo, dia da audição, 10 de Julho de 2013, das 14.00 às 15.30.

Patrocínio:



Apoio:

