

REVISTA LUSO-BRASILEIRA DE
DIREITO DO
CONSUMO



Vol. VI | n. 23 | Setembro 2016

#23

Revista Luso-Brasileira de
DIREITO DO CONSUMO

Presidente do Conselho Diretor

Mário Frota

Editor Responsável

Luiz Fernando de Queiroz

Bonijuris

FICHA TÉCNICA

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo

Volume VI, número 23, setembro 2016

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

Capa e projeto gráfico: Priory Comunicação

Editor-chefe: Luiz Fernando de Queiroz

Coordenação editorial: Geison de Oliveira Rodrigues – Pollyana Elizabete Pissaia

Revisão: Dulce de Queiroz Piacentini – Noeli do Carmo Faria – Olga Maria Krieger

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

55 (41) 3323-4020

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

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

Envio de artigos para revista: contato@bonijuris.com.br

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Index Consultoria em Informação e Serviços Ltda.

Curitiba – PR

Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo.– v. 1- , n. 1- ,
(mar. 2011)- .– Curitiba : Bonijuris, 2011- .

Trimestral

Diretor: Mário Frota

Editor responsável: Luiz Fernando de Queiroz

ISSN 2237-1168

Circula no Brasil e em Portugal (União Europeia)

1. Direito - Periódicos. 2. Direito do consumidor. 3 Defesa do consumidor. 4. Relação de consumo. 5. Direito comparado. 6. Pareceres jurídicos. 7. Jurisprudência.

CDD (20. ed.) 343.071

CDU (2. ed.) 346.548

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 Andrighi, 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 Najjarian, Igor Rodrigues Britto
Ingrid de Lima Bezerra, James Alberto Siano
José Augusto Peres Filho, Juliana Brasileiro Barbalho, 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

Duplicate – Créditos e Cobranças Ltda.
Garante – Serviços de Apoio Ltda.

Apoio Institucional

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

SUMÁRIO

EDITORIAL

- 09 **E as crianças, senhor?**
MÁRIO FROTA

DOCTRINA

- 15 **Publicidade infanto-juvenil na UE: desenvolvimentos recentes**
J. PEGADO LIZ
- 57 **Comunicação comercial audiovisual dirigida a menores: tutela das crianças e jovens face à publicidade na televisão**
RUTE COUTO
- 73 **A paradigmática e histórica decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro – STJ julgou ilegal a publicidade de produto alimentício por ser direcionada a crianças**
ISABELLA HENRIQUES
- 97 **O marketing para jovens pela indústria do tabaco – Uma análise da decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro**
ADRIANA CARVALHO
- 123 **A ilegalidade da comunicação mercadológica direcionada às crianças em escolas**
EKATERINE KARAGEORGIADIS
- 155 **Youtubers mirins, novos influenciadores e protagonistas da publicidade dirigida ao público infantil: uma afronta ao Código de Defesa do Consumidor e às leis protetivas da infância**
CLAUDIA PONTES ALMEIDA
- 183 **Rotulagem de alimentos como instrumento de tutela dos direitos das crianças com alergia alimentar**
MARIA CECÍLIA CURY CHADDAD

PARECER

- 221 **Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a economia da partilha e a autorregulação (parecer exploratório)**
JORGE PEGADO LIZ

LEGISLAÇÃO

- 235 **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens**
- 276 **Contratos de comunicações eletrónicas: o que há de novo no horizonte?**
MÁRIO FROTA

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

- 285 **Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)**
Relator: C. Toader
- 306 **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça**
Relator: Orlando Afonso

EDITORIAL

E AS CRIANÇAS, SENHOR?

*“Que quem já é pecador
Sofra tormentas, enfim...
Mas as crianças, Senhor,
Porque lhes dais tanta dor
Porque padecem assim?”*

J. Pegado Liz recorda no artigo com que nos brinda o que em tantos ensejos vimos, na esteira de Augusto Gil, e com o vigor de sempre, alardeando...

Constitui deveras crime de lesa-cidadania, que às parece escapar a gente com particulares responsabilidades sociais, quer a publicidade dirigida aos menores, sobretudo às crianças e aos adolescentes, como a que delas se serve, empregando-os literalmente nas artes e manhas com que se logra atrair os incautos...

Os menores estão feridos de uma *capitis deminutio*. Nem sequer têm, de harmonia com as leis civis, capacidade de exercício de direitos, a não ser de modo excepcional.

Os códigos civis proclamam-no.

Aliás, o Código Civil, em vigor em Portugal desde 1 de Julho de 1997, di-lo no seu artigo 123.

E as exceções aparelham-se no artigo 127, como segue:

“Artigo 127º

(Exceções à incapacidade dos menores)

1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei:
 - a) Os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho;
 - b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância;

c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

2. Pelos actos relativos à profissão, arte ou ofício do menor e pelos actos praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício só respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição.”

Mas a publicidade dirigida às crianças vende... E a publicidade que as empresa também vende. Pela solicitude, pela ternura, pela candura ínsita na figura das crianças... que atraem os consumidores e os levam a precipitar-se no mercado de consumo!

Aliás, por alguma razão se diz que os orçamentos domésticos se deixam afetar, na Europa, na ordem dos 40%, mercê das pressões das crianças, adolescentes e jovens. E, no Brasil, o dobro, ao que se crê, no que tange à classe média!

Por isso, as crianças e adolescentes continuam a ser, por um lado, como sói dizer-se, a “alma do negócio” e, por outro, “a posta mais apetecida do mercado”... Pelas razões que amiúde se enunciam e não escapam a quem do tema tem elementar domínio!

Na União Europeia, a Directiva das Práticas Comerciais Desleais previne condutas neste particular, como segue:

ANEXO II

PRÁTICAS COMERCIAIS AGRESSIVAS

“Constituem práticas agressivas em qualquer circunstância

28. Incluir num anúncio publicitário uma exortação directa às crianças no sentido de estas comprarem ou convencerem os pais ou outros adultos a comprar-lhes os produtos anunciados. Esta disposição não prejudica o artigo 16º da Directiva 89/552/CEE relativa ao exercício de actividades de radiodifusão televisiva”, substituída pela Directiva 2010/13/U.E. relativa à comunicação social audiovisual.

A Directiva da Comunicação Social Audiovisual, a que se alude, prescreve imperativamente na alínea c) do n. 1 seu artigo 9º que:

c) As comunicações comerciais audiovisuais não devem:

- i) Comprometer o respeito pela dignidade humana;
- ii) conter ou promover qualquer discriminação com base no sexo,

na raça ou origem étnica, na nacionalidade, na religião ou credo, na incapacidade, na idade ou na orientação sexual,

iii) encorajar comportamentos prejudiciais à saúde ou à segurança,

iv) encorajar comportamentos gravemente prejudiciais à protecção do ambiente;

d) São proibidas todas as formas de comunicação comercial audiovisual relativas a cigarros e outros produtos do tabaco;

e) As comunicações comerciais audiovisuais relativas a bebidas alcoólicas não devem ter como público-alvo específico os menores e não devem encorajar o consumo imoderado dessas bebidas;

f) São proibidas as comunicações comerciais audiovisuais relativas a medicamentos e tratamentos médicos que apenas estejam disponíveis mediante receita médica no Estado-Membro sob cuja jurisdição se encontra o fornecedor de serviços de comunicação social;

g) As comunicações comerciais audiovisuais não devem prejudicar física ou moralmente os menores. Por conseguinte, não devem exortar directamente os menores a comprarem ou alugarem um produto ou serviço aproveitando-se da sua inexperiência ou credulidade, não devem encorajá-los directamente a persuadirem os pais ou outras pessoas a adquirirem os produtos ou serviços que estejam a ser publicitados, não devem aproveitar-se da confiança especial que os menores depositam nos pais, professores ou outras pessoas, nem devem mostrar sem motivo justificado menores em situações perigosas.

E, no n. 2, estabelece:

“2. Os Estados-membros e a Comissão devem encorajar os fornecedores de serviços de comunicação social a desenvolverem códigos de conduta relativos à comunicação comercial audiovisual inadequada, que acompanhe ou esteja incluída em programas infantis, relativa a alimentos e bebidas que contenham nutrientes e substâncias com um efeito nutricional ou fisiológico, tais como, nomeadamente, as gorduras, os ácidos gordos trans, o sal/sódio e os açúcares, cuja presença em quantidades excessivas no regime alimentar não é recomendada.”

O Parecer de Iniciativa do Comité Económico e Social Europeu, pelo punho do Conselheiro Jorge Pegado Liz e a assessoria especializada do Prof. Paulo Morais, vai no sentido de restringir, se não mesmo no de proibir em dados termos uma tal publicidade, concluindo de forma incisiva nestes termos:

Conclusões e recomendações

1. O objetivo deste Parecer é contribuir para a informação, a discussão e o possível aprofundamento, a nível comunitário, das medidas, de caráter 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.
2. 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, 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)) 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)).
3. 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.
4. 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.
5. 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.
6. 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 caráter geral, uma idade mínima para a publicidade dirigida especialmente a crianças.

7. 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

8. 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.

9. 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.

10. 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.

11. 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.

O Código da Publicidade vigente em Portugal estabelece no seu artigo 14, por seu turno, algo que incide sobre restrições de conteúdo no que tange às mensagens.

E de modo impressivo registra:

Artigo 14º

Menores

“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.”

Lamentável é que “da lei nos livros à lei em ação” diste um abismo, já que as sistemáticas violações a que se assiste não têm de banda da administração pública uma reação proporcional à gravidade das ofensas à “legalidade democrática”!

A inépcia da administração gera impunidade. A impunidade funciona como estímulo a novas agressões ao ambiente normativo. E parece significar que não subsistem restrições de qualquer espécie, ou seja, tudo se processa como se houvesse uma permissão *ad libitum*.

Anunciantes, agências e suportes agem, na circunstância, com o devido respeito, é claro, e com as escusas pela crueza da expressão, como se se tratasse de “cão por vinha vindimada”!

Ponto é que a comunidade jurídica se sensibilize por forma a que o mercado se não alcandore a um qualquer altar qual *Deus ex machina* e que a dignidade das crianças, jovens e adolescentes não seja posta em causa pelos vendilhões do templo que não conhecem limites ante a sofreguidão pelo lucro perante a qual tudo se abate!

O futuro merece, ao menos, esse esforço de intelecção e uma pugna sem quartel contra os ajuramentados inimigos da cidadania...

Coimbra e Villa Cortez, agosto de 2016

Mário Frota

Presidente do Conselho de Direção

PUBLICIDADE INFANTO-JUVENIL NA UE: DESENVOLVIMENTOS RECENTES

J. PEGADO LIZ¹

Advogado. Conselheiro do CESE (Bruxelas), membro do Bureau da Secção Mercado Interno e Protecção dos Consumidores (CESE) e da Comissão Consultiva para as Mutações Industriais. Juiz do Tribunal Arbitral CIMPAS

EXCERTOS

“Apenas os aspectos da publicidade enganosa, da publicidade comparativa, da publicidade relativa a produtos alimentares e da publicidade através da radiodifusão foram domínios em que o legislador comunitário cedo sentiu a necessidade de introduzir alguma harmonização legislativa”

“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 mental. Deve assim ser totalmente proscrita”

“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”

“Mas as crianças, Senhor,
por que lhes dais tanta dor?!...
Por que padecem assim?!...”

Luar de Janeiro, Augusto Gil, 1873-1929

I. Explicação prévia

1 O presente tema foi já exaustivamente tratado em artigo meu publicado nesta *Revista*². Para ele se remete no essencial que se refere à evolução histórica do assunto tal como foi sendo considerado no quadro legal e jurisprudencial da União Europeia até ao momento em que, no Comité Económico e Social Europeu, tive oportunidade de elaborar um Parecer de Iniciativa sobre o mesmo objeto³.

2. Acontece, porém, que entretanto se verificaram profundas mudanças ao nível dos órgãos institucionais da UE, com a realização de eleições para o Parlamento Europeu e a formação, com novos comissários e uma nova estrutura, da Comissão Europeia e das competências das suas direções gerais. Propósito fundamental destes novos órgãos, anunciados em discursos programáticos e em planos de ação, foram o acento tónico posto na realização do mercado único digital e uma nova forma de melhorar a adoção da legislação comunitária⁴.

Legítimo seria pois esperar que o tema da proteção das crianças e de outros públicos sensíveis e vulneráveis em face das práticas agressivas ou desleais de publicidade e de marketing não deixassem de ser contemplados nas iniciativas comunitárias a partir daí, sobretudo depois das posições que tinham sido assumidas claramente, quer pelo Parlamento Europeu quer pelo Comité Económico e Social, em várias das suas propostas e recomendações anteriores, de que se deu conta no referido artigo.

É desse percurso até hoje e do que neste momento se prepara a nível da UE que se fará análise crítica no presente artigo.

II. O sentido da recente evolução do quadro legal da publicidade na UE

3. Recordar-se-á que no tratamento do assunto a atitude política geral da Comissão Europeia foi de recusa sistemática de incluir a publicidade infanto-juvenil como um tema autónomo e importante da agenda europeia, tudo fazendo 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.

4. Sobre qual foi o enquadramento legal da publicidade em geral na UE, gostaria de remeter para o artigo que publiquei na RPDC⁵. Mas é importante 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 proporcionalidade⁶.

Apenas os aspectos da publicidade enganosa, da publicidade comparativa, da publicidade relativa a produtos alimentares e da publicidade através da radiodifusão foram 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.

5. 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 ainda um entrave à realização de campanhas publicitárias transfronteiras e, assim, dificultavam a livre circulação de produtos e de prestação de serviços, impedindo, conseqüentemente, a realização do mercado interno.

No entanto, foi sempre 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 UE deixou ao critério e ao cuidado dos estados-membros a faculdade de regular, como melhor entendessem, a atividade publicitária.

7. Nessa medida, 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*” (art. 7º da Diretiva 84/450/CE, artigo 2º, n. 9, da Diretiva 98/55/CE e artigo 19º da Diretiva 89/552/CE).

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

8. No já referido artigo analisaram-se as duas iniciativas que, ao tempo, mereciam uma referência especial:

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.

9. A *Diretiva 2005/29/CE*⁷ *relativa às práticas comerciais desleais*, na medida em que introduzira profunda alteração no quadro legal preexistente ao regular o que apelida de “práticas comerciais desleais”, e no que em especial se refere a matéria de publicidade, veio 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.

A diretiva deixava, no entanto, para decisão futura a eventual 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).

O propósito, consumado na diretiva e comum a várias iniciativas recentes da Comissão à época, foi o de consagrar a técnica da *harmonização*

máxima na proteção dos consumidores, em vez da harmonização mínima, constante das anteriores diretivas.

10. O resultado a que conduziu 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, o que se revelou de extrema dificuldade para a transposição da diretiva nos direitos nacionais que, corretamente, haviam concebido unitariamente o seu regime legal para a publicidade.

Com efeito, não se tratava 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 que a distinção é, em si mesma, um total “nonsense”, 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 moeda⁸.

11. 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 – colocou difíceis problemas de interpretação, objeto eventual de necessários recursos, incluindo para o Tribunal da Justiça, para esclarecer o alcance exato da diretiva.

12. A outra iniciativa relevante da Comissão nesta área tinha sido 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)*⁹, com vista a alterar a diretiva usualmente conhecida como “Televisão sem Fronteiras”¹⁰.

Anunciada como uma iniciativa abrangente para a totalidade dos serviços audiovisuais¹¹, 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.

12. Foi, na realidade, neste domínio que se produziu uma das mais significativas alterações ao regime existente em sentido desfavorável aos consumidores.

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. 11º, n. 3).

Também no que se refere às pausas para publicidade, a diretiva reduziu 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 ou televidas, uma vez por cada período de 30 minutos (art. 20º, n. 2).

Relativamente ao tempo de transmissão dedicado às diferentes formas publicitárias, manteve-se apenas o critério geral de 20% por hora para anúncios publicitários, televidas 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. 23º).

13. Para além das muitas críticas que esta diretiva sofreu, em especial pela oportunidade perdida que ela representa relativamente às várias

Apesar de proibida como publicidade oculta, a tendência geral era no sentido de nem sequer considerar o *product placement* como publicidade televisiva

questões que haviam de ter sido equacionadas e resolvidas e o não foram, apesar de reclamadas pela generalidade dos interessados, o que sobressaía no novo texto era a total cedência aos interesses dos publicitários, em detrimento manifesto dos consumidores/telespectadores. Do teor dessas críticas deu-se conta detalhada no referido artigo e por isso se não retomam.

Importa, no entanto, recordar apenas que foi na nova regulação para a “colocação de produtos”, que o conflito de interesses se tornou mais evidente e a cedência ao lobby dos publicitários ficou 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 vigor¹².

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 contribuísse 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 radiofusão 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, os 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, no entanto, se verificou foi que, por força do poder de influência dos lobbies 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.

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 tinha a obrigação, e os meios legais, para, com urgência, adotar medidas mais restritivas de natureza transversal que garantissem 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 24º 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).

14. 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 relevante importância, bem sumariada pela International Advertising Association (IAA) 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 importante função de informação e de esclarecimento dos consumidores, razão de ser e fundamento mesmo da sua regulação a nível comunitário.

Por outro lado, os *media* e, em particular a televisão, a internet e as redes sociais, são parte integrante da vida diária e tanto formam como são moldados pelo ambiente cultural em que existem. 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 mais tradicionais e práticas, 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.

15. 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 que, 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 aspectos como matéria de “bom gosto ou de decência”, excluídos do âmbito da regulação comunitária.

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 mental. 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 as crianças.

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. Seria também aspecto a merecer um tratamento harmonizado a nível comunitário.

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.

16. E a União Europeia dispõe hoje dos meios necessários para legislar nesse sentido, possuindo claras bases jurídicas para uma ação concertada a nível comunitário no domínio da publicidade infanto-juvenil, pelo que era legítimo exigir e esperar que estas questões fossem analisadas em profundidade e enquadradas no nível da 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.

É certo que até hoje as diretivas comunitárias que têm regulado a publicidade no âmbito da 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.

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 importantes modificações, aos atuais artigos 49º e sgs. e 56º e sgs.

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.

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

A primeira e mais importante inovação foi a incorporação da Carta Europeia dos Direitos Fundamentais ao nível do direito primário da EU; 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.

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, e 6º do TUE e os artigos 4º, 5º, 10º do TFUE.

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

Mas é evidente que a *realização do mercado interno* continua a constituir um dos mais prementes objetivos neste domínio, para o qual existe a cobertura dos artigos 3º, n. 3, 26º e 114º e sgs. do TFUE. Por outro lado, os artigos 12º e 169º do TFUE abrem novas possibilidades na perspectiva da proteção dos consumidores. Nos aspectos processuais, os artigos 67º e sgs., 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.

Por fim, o tratamento desta matéria no domínio 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 no âmbito dos respectivos sistemas nacionais.

17. *O propósito de uma iniciativa legislativa com este objetivo pode, por conseguinte, ser mais bem alcançado por uma ação a nível da União, em conformidade com o princípio da subsidiariedade.* Por outro lado, o âmbito da iniciativa deve limitar-se aos aspectos que suscitam problemas concretos, não abrangendo aqueles aspectos que podem ser regulados mais adequadamente pelas legislações nacionais respeitando assim o princípio da proporcionalidade.

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 *curricula* escolares a todos os níveis.

Também os pais deverão ser capacitados para acompanharem os seus filhos na apreensão das mensagens publicitárias. Estudos demonstram que o papel mediador da família é crucial 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.

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*, no sentido de cada vez mais assumirem e aplicarem os mais elevados níveis de proteção dos direitos das crianças e de os fazerem respeitar.

III. Algumas anunciadas e esperadas modificações de regime

18. Uma das modificações a que a Comissão pareceu ser sensível foi a necessidade de ser considerada a *definição de certas práticas comerciais desleais entre empresas*¹³.

O CESE, no entanto, no seu parecer sobre esta proposta, embora tendo-a considerado como merecedora de uma particular atenção e reflexão e tenha apoiado a Comissão no sentido de uma regulamentação mais estrita visando a proibição efetiva e o sancionamento exemplar e dissuasivo de certas práticas agressivas entre comerciantes, entendeu 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, para o que instou a Comissão a iniciar e a desenvolver e fazer aplicar as medidas complementares de melhor informação e divulgação, maior cooperação entre as autoridades administrativas, plataformas público-privadas e organizações representativas dos *stakeholders*, aperfeiçoamento dos mecanismos de reação pronta para a cessação das práticas e a indenização dos prejuízos causados, nomeadamente a *imediata criação de um sistema judicial europeu de ações de grupo anunciado há mais de 30 anos e sucessivamente protelado*.

Espantosamente uma das últimas medidas da Comissão cessante foi retirar esta proposta da discussão!

No entanto, a nova Comissão no quadro de uma iniciativa em curso de avaliação de todo o *acquis* comunitário em matéria de direito do consumo¹⁴ parece ter considerado de novo o tratamento conjunto das duas diretivas, pondo fim à cisão absurda levada a cabo e isso no quadro de uma revisão de fundo do regime de ambos os dispositivos.

19. O outro domínio onde também já existe uma proposta apresentada¹⁵ é o da *oferta de serviços de comunicação audiovisual, que altera a Diretiva 2010/13/UE*, cuja revisão o CESE tem vindo incessantemente a pedir. Será ela, pela sua atualidade, o objeto principal deste artigo.

20. Importa, no entanto, referir também alguns acontecimentos que vieram igualmente ter reflexos importantes no nosso tema.

De um lado a decisão do Conselho Europeu e do Parlamento de parar *sine die* as negociações que duraram cerca de dois anos, sem acordo, para a aprovação da proposta da Comissão sobre uma *lei uniforme para o contrato de venda na UE*¹⁶.

Por outro lado, deu-se a entrada em vigor da chamada “*Diretiva dos direitos dos consumidores*”¹⁷, que começou, entretanto, a ser transposta com enormes dificuldades nos vários países membros e que irá ser igualmente objeto de avaliação para a sua eventual revisão¹⁸.

Ainda, a aprovação do novo *Regulamento Geral relativo à proteção de dados pessoais*¹⁹, que será aplicável a partir de 25 de maio de 2018, e que é especialmente relevante no que respeita ao consentimento para o tratamento de dados e à sua retirada (art. 7º) e à fixação da idade mínima para a eficácia desse consentimento (art. 8º).

E, finalmente, a apresentação das *propostas de diretiva relativas a determinados aspectos dos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e a determinados aspectos dos contratos de compra e venda de outros bens em linha ou à distância*²⁰ que contém um catálogo de direitos dos consumidores no domínio digital²¹, mas onde nada se diz sobre a proteção de crianças, que são hoje das principais utilizadoras de conteúdos digitais.

IV. Uma cada vez maior necessidade de proteção das crianças face às práticas publicitárias

21. No meu artigo antes citado tive oportunidade de dar conta de como as crianças são um alvo apeteçível e rentável para a publicidade, especialmente em tempos de crise como os atuais, bem como do fato de que são igualmente conhecidos os perigos para a sua saúde física e psíquica e para a sua formação moral e desenvolvimento da sua personalidade. Daí é de distinguir as três principais situações em que esta violação dos direitos das crianças se verifica:

a) A publicidade que utiliza as crianças como veículo da sua mensagem comercial, em qualquer das suas formas,

b) A publicidade dirigida às crianças, com incitamentos diretos ou indiretos ao consumo de bens ou de serviços nos aspectos mais relevantes da publicidade que incita ao consumo excessivo e pode conduzir ao sobreendividamento e da publicidade que incita ao consumo de produtos alimentares ou outros que se revelam nocivos para a saúde ou perigosos, e

c) A publicidade em geral que, embora lhe não seja dirigida especificamente, pode afetar as crianças dos pontos de vista físico, mental ou moral, de que se destacam 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 e a publicidade com conteúdo erótico ou pornográfico, fazendo apelo a comportamentos sexuais perversos, pervertidos ou excessivos.

Não retomaremos o que aí largamente se disse a não ser para recordar que no que respeita à *publicidade que utiliza crianças* ao nível da União Europeia, para além de vagas declarações programáticas, existe um total *vazio legislativo*; no que toca a *publicidade dirigida especialmente a crianças*²², recordaremos apenas que as preocupações que gera, 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*; e finalmente no que se refere à *publicidade em geral que pode afetar gravemente a formação psíquica e moral das crianças*²³, embora largamente regulada em diversos estados-membros, mas de modo bastante diverso, é também uma matéria que *deveria merecer uma consideração atenta no âmbito comunitário, o que até agora não sucedeu*.

22. O que importa antes referir é que a situação de utilização de menores em formas de publicidade que violam os seus direitos fundamentais e a sua exposição a publicidade agressiva e intrusiva, com consequências danosas para o seu desenvolvimento físico e psíquico, em especial com o cada vez mais fácil e apelativo uso dos novos meios tecnológicos, não tem parado de crescer, perante a passividade dos reguladores nacionais e comunitários.

Com efeito, se a convergência audiovisual, transformando o espectador em ator dos *media* (interatividade), abre enormes possibilidades novas de

comunicação e de informação, não deixa de potenciar a exposição das pessoas mais vulneráveis, como em especial as crianças, a comportamentos ilícitos que entram na esfera mesma do cibercrime, na medida em que ofendem aspectos tão importantes como o direito à privacidade, a proteção da imagem e outros direitos fundamentais.

É por isso que, na abordagem à problemática da proteção de menores e de outros públicos vulneráveis no que respeita a utilização da internet em geral, e dos meios de comunicação social audiovisual em particular, é necessário garantir um equilíbrio e uma justa medida entre o direito fundamental da liberdade de expressão e o objetivo de interesse público de proteção dos menores, independentemente do suporte de acesso.

Para que fique bem claro, com isto não se defende que, para proteção dos menores e da dignidade humana, se deva proceder a qualquer sistema de “controle prévio” dos *media*, 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 Europeia.

Mas o que parece exigível é que a UE determine com caráter geral que seja devidamente assegurado e garantido, por meios coercivos, que as comunicações comerciais, quaisquer que sejam as suas formas e meios que utilizem, não incluam fatores suscetíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental e moral dos menores, nomeadamente que incluam cenas de pornografia ou de violência gratuita.

23. Foi nesse sentido que recentemente o Parlamento Europeu aprovou uma resolução sobre a proteção das crianças no mundo digital²⁴ em que solicitou à Comissão a elaboração de uma *proposta de diretiva-quadro única relativa aos direitos das crianças no mundo digital* que integre todas as anteriores disposições da UE relativas a menores; reiterou a importância da literacia e das competências digitais das crianças e defendeu a sua inclusão como prioridade na política social da União; recomendou à Comissão a iniciativa de propor a revisão da diretiva “Serviços de Comunicação Social Audiovisual”, incluindo a produção de serviços de qualidade *online* e *offline* destinados aos jovens, e incentivou a comissão a desenvolver estratégias e normas que protejam os menores da exposição *online* e *offline* de conteúdos impróprios para a sua idade.

Na realidade, como se diz na exposição de motivos que precede o texto desta resolução do PE, “os jovens europeus passam aproximadamente 40 horas por semana diante da televisão. Estão ligados à Internet cerca de 88 minutos por dia (2 horas, no caso da faixa etária dos 15/16 anos), começando, em média, aos 9 anos, embora se verifiquem casos mais precoces em que o contato com a Internet antecede o início da idade escolar e a alfabetização. [...] A Internet é, atualmente, a verdadeira companhia dos jovens, muitas das vezes, mais do que a própria família, a escola e os amigos. Na faixa etária dos 9 aos 16 anos, os jovens utilizam o computador para estudar e para jogar (100%), para ver vídeos (86%), para jogar com os outros, para descarregar vídeos e música e para partilhar P2P (56%) e, também, para fazer partilha de ficheiros, para visitar salas de conversação (chatrooms), blogues e mundos virtuais (23%). (...) A navegação na Internet tende a tornar-se mais individual, uma vez que 49% dos jovens liga-se à Internet a partir do quarto, 33% a partir do telemóvel ou do pad digital, sendo que 87% se liga a partir de casa e 63% a partir da escola. Cerca de 50% dos jovens na faixa etária dos 11-16 anos revela exprimir-se mais facilmente em linha do que presencialmente. [...]

Os navegadores na Internet mais inexperientes e ingénuos – entre os quais se poderão incluir as crianças – nos casos em que a navegação carece de informação, de proteção e de controlo, estão sujeitos a vários riscos, nomeadamente, a violação da privacidade, o uso comercial ou instrumental dos seus perfis, riscos para a saúde, fenómenos de dependência, relação falseada com a realidade e com a sua própria identidade. (...) A oferta disponível em linha de conteúdos nocivos, com fortes conotações de violência, de discriminação, de sexismo, de racismo, impróprios para menores, pode levar a que o utilizador menos preparado desvalorize a percepção da ofensa à dignidade humana e facilitar a difusão entre os menores, da utilização da rede com intuítos, consciente ou inconscientemente, prejudiciais para a sua própria dignidade (sexting) e para a dignidade dos outros (cyberbullying). [...] Os jovens, as famílias, a escola, os investigadores, assim como a própria sociedade manifestam uma crescente preocupação relativamente aos padrões de qualidade exigíveis aos conteúdos destinados às crianças, independentemente da sua forma de difusão – analógica ou digital,

online ou offline – e dos instrumentos utilizados (televisão, computador, telefone, pad digital)”.

24. Também o CESE, no seu parecer sobre “*Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças*”²⁵, manifestou a sua perplexidade, sobretudo com a abordagem global da comunicação da Comissão que parece mais atenta ao crescimento do negócio que à criação de uma internet melhor para as crianças, oferecendo-lhes a máxima proteção, e mostrou-se “persuadido da necessidade de definir, acima de tudo, um quadro coerente de proteção e de garantias para os menores e orientações a propor a todas as partes envolvidas... e firmemente convicto de que questões tão importantes como a proteção dos dados pessoais, o respeito da privacidade e a luta contra a pedopornografia, carecem de regras precisas e rigorosas, com sanções adequadas que possam ir até ao bloqueio imediato dos sítios na Internet e à retirada das licenças.”

Os jovens não têm maturidade suficiente para encarar com espírito crítico as mensagens publicitárias

No que em especial se refere à publicidade em linha o CESE considerou que apesar da Comissão reconhecer que “os jovens [...] não têm maturidade suficiente para encarar com espírito crítico as mensagens publicitárias’, citando os casos das compras em linha, o acesso a jogos de azar em linha, a descarga de toques para o telemóvel, etc.”, a sua estratégia neste ponto é “vaga e insuficiente” e solicitou “disposições mais precisas e vinculativas para todos os operadores do setor”, realçando, além disso, a ausência de “qualquer referência à publicidade alimentar, que é motivo de grande preocupação face aos problemas de obesidade e de distúrbios alimentares”.

O CESE instou ainda vivamente a Comissão no sentido de efetivamente “garantir que as normas para a publicidade em sítios Web para crianças permitam um nível de proteção equivalente ao da publicidade nos serviços audiovisuais” e deplorou a total ausência na comunicação “não só de uma referência aos riscos para a saúde física e psicológica das crianças, em particular as dependências, como de quaisquer medidas para atacar o problema”.

V. A proteção dos menores no quadro da legislação comunitária sobre publicidade e a sua manifesta insuficiência

25. No artigo já bastas vezes citados tive a oportunidade de detalhadamente descrever qual o quadro legal comunitário relativo à proteção dos menores em face da publicidade e dos fenômenos e efeitos para as crianças que lhe andam associados e de concluir que ele valia “pouco mais do que nada”. Não repito o que largamente se discorreu.

Importante será apenas recordar que as disposições legais nacionais sobre publicidade, entendida no seu conceito mais amplo de comunicação comercial, relativos a crianças, nos diferentes estados-membros, são tudo menos uniformes²⁶. Daí resulta uma gritante desproteção das crianças europeias sujeitas a regimes nacionais diversos e com níveis de proteção diferentes²⁷.

E, por seu turno, as poucas 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 reconheceu na sua comunicação “Um enquadramento coerente para reforçar a confiança no mercado único digital do comércio eletrónico e dos serviços em linha”²⁸, no seu relatório “Proteger as crianças no mundo digital”²⁹ e na “Estratégia europeia para uma Internet melhor para as crianças”³⁰. 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 total proibição de publicidade dirigida a menores³¹.

Com carácter obrigatório 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 suscetíveis 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 excetuando 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”.

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”, as normas vigentes deixaram cair as limitações relativas à inserção dos spots publicitários, desde que não atentem gravemente contra a integridade dos programas.

As únicas proibições expressas que hoje existem no domínio comunitário reportam-se exclusivamente aos produtos à base de tabaco, a medicamentos e tratamentos médicos apenas disponíveis mediante receita médica, 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.

Apenas neste último aspecto se refere que a publicidade 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, o sal/sódio e os açúcares”, as normas vigentes limitam-se a uma recomendação genérica ou simplesmente a uma remissão para “códigos de conduta”.

Importa ainda salientar que a diretiva relativa às práticas comerciais desleais, apesar de contemplar uma disposição relativa a práticas comerciais dirigidas a “grupos claramente identificáveis de consumidores especialmente vulneráveis”, designadamente em razão “da sua idade ou credulidade”, não logrou ser interpretada como impeditiva das práticas antes descritas, nem transposta ou aplicada com esse sentido nos estados-membros.

A par destas disposições de direito comunitário, outros instrumentos de natureza convencional 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).

Paralelamente, os profissionais têm desenvolvido, quer a nível internacional, quer nos diferentes estados-membros, um conjunto de disposições de autorregulação para as suas práticas comerciais bem demonstrativo do seu empenhamento na proteção das crianças, como é particularmente o caso da EASA.

Tal não prejudica a necessidade, reafirmada em várias instâncias internacionais e comunitárias, de ser garantido um elevado nível de respeito pelas crianças e 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.

26. Como se disse anteriormente, *dois únicos textos legais comunitários de carácter geral com força vinculativa regulam parcelarmente e desencontradamente esta matéria:*

a) a **Diretiva 2010/13/EU, de 10 de março de 2010**³² (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), objeto de uma recentíssima proposta de revisão há muito pedida, que será analisada em detalhe mais à frente³³,

e

b) a **Diretiva 2005/29/CE, de 11 de maio de 2005**³⁴, 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 suscetíveis 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 grupo³⁵.

Importa de novo 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-membro, como já se disse.

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-membros³⁶.

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”).

27. De resto vários textos comunitários sem força coerciva tratam aspectos relacionados com o tema em causa a saber:

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 humana³⁷, primeiro texto legal comunitário onde, na 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 resposta³⁸, onde explicitamente se refere à 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*;

c) **a recomendação 2003/54/CE de 2 de dezembro de 2002**³⁹ relativa à prevenção do tabagismo e a **Diretiva 2003/33/CE, de 26 de maio de**

A apreciação que é feita aos instrumentos de autorregulação e de correção incide sobre a sua incapacidade para a efetiva aplicação das normas editadas

2003⁴⁰, relativa à publicidade, ao patrocínio e à promoção de produtos do tabaco;

d) a **recomendação 2001/458/CE de 5 de junho de 2001**⁴¹ relativa ao consumo do álcool por crianças e adolescentes, fundamentalmente centrada na autorregulação;

e) a **decisão-quadro 2004/68JAI, do Conselho, de 22 de dezembro de 2003**⁴², 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 crianças⁴³;

f) 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 comunicação⁴⁴.

28. No texto ainda hoje vigente da Diretiva 2010/13/EU, de 10 de março de 2010, 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.

*Apenas no que se refere a publicidade a bebidas alcoólicas se estatui que não deve ter os menores como público-alvo*⁴⁵.

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”*, como já se falou⁴⁶.

29. 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 empenhamento na proteção das crianças⁴⁷.

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 infringem⁴⁸.

VI. A nova proposta de diretiva relativa que altera a Diretiva 2010/13/UE, respeitante à oferta de serviços de comunicação audiovisual, para a adaptar à evolução das realidades do mercado e a proteção específica em matéria de publicidade infanto-juvenil

30. Como se referiu antes, 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), com vista a alterar a diretiva usualmente conhecida como “Televisão sem fronteiras”, foi anunciada como uma iniciativa abrangente para a totalidade dos serviços audiovisuais. No entanto, a proposta inicial 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.

Foi, na realidade, neste domínio que se introduziram algumas das mais significativas alterações ao regime preexistente a que se fez anterior referência e que estiveram na origem dos muitos reparos e críticas a esta diretiva o primeiro dos quais, desde logo, relativo à própria definição de comunicação audiovisual comercial, por excessivamente restritiva e por reproduzir mecanicamente a definição de serviços de comunicação audiovisual.

Se era aceitável que estes se definissem 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 radiodifusão 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”.

31. Por outro lado, a diretiva manteve o critério anterior de considerar publicidade televisiva a que é emitida contra remuneração. Ora, julgou-se antes que o critério definidor da sua natureza deveria antes ter sido 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 teria evitado 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 televentas.

Em todo o caso, a diretiva deveria ter previsto a possibilidade de os estados-membros atribuírem aos tribunais, quando existisse um procedimento civil ou administrativo, as competências que lhes permitissem 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.

32. A diretiva também manteve 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 foi 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).

33. 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 incluiu no texto qualquer definição das referidas técnicas, a qual deveria 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.

34. Acresce que a diretiva previu que a promoção da oferta na comunicação audiovisual comercial pudesse ser tanto direta como indireta. Da mesma forma, em alguns casos, como no dos cigarros e dos outros produtos do tabaco, também era proibida essa comunicação comercial, mesmo quando indireta. Contudo, o texto não incluiu uma definição desta modalidade de comunicação audiovisual comercial.

35. Mas foi na regulação para a “colocação de produtos” que o conflito de interesses se revelou mais evidente e a cedência ao lobby dos publicitários se tornou 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 vigor.

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, que passou a ser considerada ilícita, com as derrogações que contém, permitiu que vários operadores logo se

encarregassem de as circundar impunemente, constituindo uma entorse fundamental aos princípios que regem a publicidade e representando uma ofensa grave à proteção devida aos consumidores neste domínio.

Mesmo compartilhando da opinião daqueles que achavam que esta seria uma batalha perdida à partida, em face do peso dos lobbies que sustentam a tese adversa, apadrinhada pela Comissão, sempre se julgou 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 poderia influir de tal modo na programação que afetasse a sua independência ou integridade, como já previsto para outros tipos de formatos promocionais, e deveria 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, os 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, no entanto, se verificou foi que por força do poder de influência dos lobbies em causa, tal não aconteceu.

36. Finalmente, por manifesta deficiência técnica na elaboração do articulado, a diretiva apresentava 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, falava-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, referia-se antes a “discriminação com base no sexo, na religião ou credo, na incapacidade, na idade ou na orientação sexual”.

Mencionava-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 limitava a que “não devem prejudicar moral ou fisicamente os menores” (art. 9º, n. 1, al. g)). Também não se incluía, 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.

37. Por outro lado, o texto aparecia 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.

38. Estas foram algumas das razões fundamentais para que a revisão da diretiva SCSA tivesse sido pedida insistentemente pelo varios *stakeholders*, além do PE e do CESE, e fosse aguardada com expectativa, sendo entendimento geral que *não poderia deixar de considerar a necessidade do reforço da proteção dos menores nesta matéria e da adoção de novas medidas mais eficazes e mais restritivas na sua publicidade e marketing*, tendo em conta a experiência recolhida da sua aplicação nos estados-membros.

Em que medida a recente publicação desta proposta⁴⁹, cuja análise ainda não começou a ser efetivada nos vários órgãos comunitários, incluindo o CESE, veio dar satisfação às expectativas e aos anseios dos interessados é o que procuramos determinar de seguida.

39. É desde logo importante anotar que esta proposta parte corretamente da constatação de que “*o panorama dos meios de comunicação social audiovisual está a evoluir rapidamente devido à crescente convergência entre a televisão e os serviços distribuídos através da Internet. Os consumidores acedem cada vez mais a conteúdos a pedido através de televisores inteligentes ou híbridos e a dispositivos portáteis. Os jovens consumidores, em particular, veem vídeos, muitas vezes produzidos por utilizadores particulares, na Internet*”.

Por seu lado “os operadores televisivos estão a ampliar as suas atividades em linha e os novos operadores que disponibilizam conteúdos audiovisuais através da Internet (por exemplo, aos fornecedores de vídeo a pedido e de plataformas de partilha de vídeos) adquirem uma importância crescente e disputam os mesmos tipos de público. No entanto, a radiodifusão televisiva, os vídeos a pedido e os conteúdos produzidos por utilizadores estão sujeitos a regras diversas e a níveis variáveis de proteção dos consumidores”.

Em contrapartida, a proposta exclui à partida a sua aplicação “aos conteúdos produzidos por utilizadores e disponibilizados em plataformas de partilha de vídeos, já que os serviços que administram essas plataformas não têm, muitas vezes, responsabilidade editorial pelos conteúdos nelas armazenados. Em muitos casos, estes serviços estão sujeitos à Diretiva sobre o comércio eletrónico (DCE), pois constituem serviços da sociedade da informação. A DCE não obriga os intermediários a assegurar o controlo dos conteúdos que armazenam; na verdade, proíbe os Estados-Membros de imporem uma obrigação geral de vigilância ou de procura ativa de factos ou circunstâncias que indiciem ilicitudes (artigo 15º). Nos termos da DCE, os intermediários – e mais especificamente os fornecedores dos chamados serviços de ‘armazenagem em servidor’ – estão isentos de qualquer responsabilidade por eventuais informações ilegais por eles armazenadas (artigo 14º)”.

40. Por outro lado a proposta baseou-se numa consulta pública levada a cabo entre 6 de julho de 2015 e 30 de setembro de 2015, na qual se verificou designadamente a “ausência de um consenso claro entre as partes interessadas sobre a proteção de menores”, sendo que enquanto “houve um apelo de uma parte considerável dos representantes do setor da radiodifusão para que sejam garantidas condições equitativas regulamentando os novos serviços e/ou assegurando uma maior flexibilidade das regras existentes, as organizações de consumidores pediram o reforço das regras da Diretiva SCSA destinadas a proteger os telespetadores, nomeadamente os mais vulneráveis”.

41. Quanto ao problema da proteção insuficiente dos menores e dos consumidores em plataformas de partilha de vídeos, a proposta considerou duas opções:

“A opção A incentiva a autorregulação no âmbito da proteção dos menores e dos consumidores em plataformas de partilha de vídeos. A opção

B impõe uma obrigação de existência de meios nas plataformas de partilha de vídeos que protejam os menores e impeçam o discurso de ódio, aplicados num processo de correção.”

Quanto à **proteção de menores nos serviços a pedido**, a proposta considerou que

“A opção A aumenta o nível de proteção dos menores nos serviços de comunicação social audiovisual a pedido, simplifica o conceito de conteúdo nocivo e incentiva a correção ao nível da UE no que se refere aos descritores de conteúdos.”

“Todas as opções têm em conta, se for caso disso, a necessidade de flexibilidade do setor prevendo a possível aplicação da diretiva através de autorregulação e/ou de correção (âmbito de aplicação, informações sobre conteúdos nocivos).”

No que se refere às **comunicações comerciais**, a proposta identificou-as *“como um domínio em que é possível promover maior flexibilidade, em especial no que diz respeito aos operadores televisivos. O mercado da radiodifusão televisiva evoluiu, e é necessário aumentar a flexibilidade no âmbito das comunicações comerciais audiovisuais, em particular no que respeita a regras quantitativas para serviços de comunicação social audiovisual lineares, colocação de produto e patrocínio. A emergência de novos serviços, alguns dos quais sem publicidade, criou maiores possibilidades de escolha para os telespectadores, que podem facilmente optar por ofertas alternativas. A colocação de produto pode gerar recursos suplementares substanciais para os fornecedores de serviços de comunicação social. O quadro regulamentar deve ser adaptado a este novo contexto, nomeadamente através do aumento da flexibilidade das regras aplicáveis aos serviços de radiodifusão. Neste contexto, a proposta permite (em certas circunstâncias) a colocação de produto e introduz maior flexibilidade no que se refere às regras quantitativas. Ao mesmo tempo, tem em conta os dados recolhidos sobre os possíveis efeitos da colocação de produto sobre as crianças, continuando a limitar a sua exposição a este tipo de conteúdo”*.

No que diz respeito às **pequenas e médias empresas (PME) e às microempresas**, *“a proposta prevê eventuais isenções das disposições relativas à promoção de obras europeias. Com efeito, os Estados-Membros seriam autorizados a introduzir exceções para serviços de comunicação social audiovisual de cariz temático ou com níveis de*

audiência reduzidos. Quanto às disposições que regulam a proteção dos consumidores, incluindo os menores, a proposta não prevê quaisquer isenções para as PME e as microempresas pois estão em causa valores extremamente importantes”.

Por fim e com caráter de generalidade, **no que toca aos direitos fundamentais**, a proposta refere ter tido “*em consideração os direitos e princípios fundamentais reconhecidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, em especial o direito ao respeito pela vida privada e familiar e a proteção de dados pessoais (artigos 7º e 8º), a liberdade de expressão e de informação (artigo 11º), a liberdade de empresa (artigo 16º) e a proibição da discriminação (artigo 21º), os direitos das crianças (artigo 24º) e o direito à ação e a um tribunal imparcial (artigo 47º)*”.

42. Numa análise mais detalhada a Comissão propõe em síntese as seguintes medidas:

a) Uma atitude responsável das plataformas de partilha de vídeos

As plataformas de vídeos deverão proteger os menores dos conteúdos prejudiciais e proteger todos os cidadãos da incitação à violência, ao ódio e ao racismo. A Comissão propõe-se convidar todas as plataformas de partilha de vídeos para cooperar no seio da Aliança Para Uma Melhor Proteção dos Menores Em Linha, no sentido de elaborar um Código Deontológico para a indústria. As autoridades nacionais de regulação do audiovisual terão competência para fazer respeitar as regras, o que, segundo a legislação nacional aplicável, poderá também dar lugar a multas. As medidas de proteção dos consumidores previstas na diretiva sobre o comércio electrónico serão aplicáveis às plataformas de partilha de vídeos.

b) Um papel reforçado para as autoridades de regulação do audiovisual

A diretiva garantirá a independência das autoridades nacionais de regulação. O Papel do Grupo dos Reguladores Europeus dos Serviços de Media Audiovisuais (ERGA), composto do conjunto das 28 autoridades nacionais do audiovisual, será definido na legislação da UE. A ERGA avaliará os códigos deontológicos em matéria de correção e aconselhará a Comissão Europeia.

c) Uma criatividade europeia mais desenvolvida

A Comissão espera que os órgãos de radiodifusão televisiva continuem a consagrar pelo menos metade do tempo de emissão a obras europeias e obrigará os fornecedores de serviços a pedido a garantir uma parte de pelo menos 20% de conteúdos europeus nos seus catálogos.

A proposta precisa igualmente que os estados-membros poderão pedir aos serviços a pedido disponíveis no seu território para contribuir financeiramente para a produção de obras europeias.

d) Uma maior flexibilidade a favor da publicidade difundida pelos órgãos de radiodifusão televisiva

A nova regulamentação audiovisual oferecerá aos órgãos de radiodifusão uma flexibilidade acrescida quanto à hora de difusão das publicidades. O limite geral de 20% do tempo de antena será mantido entre as 7 e as 23 horas mas, em vez dos 12 minutos máximos por hora atualmente previstos, os referidos órgãos poderão escolher mais livremente os momentos de difusão das publicidades ao longo de todo o dia. Os órgãos de radiodifusão e os fornecedores de serviços a pedido gozarão igualmente de uma maior flexibilidade para a colocação de produtos e do patrocínio.

43. Numa primeira abordagem crítica são os seguintes os aspectos que nos merecem maior reparo:

a) Apesar de se reconhecer que, face à evolução do mercado audiovisual resultante da emergência de novas formas de serviços, do aparecimento de novos atores e do desenvolvimento de novas formas de consumo “a pedido”, a adaptação do quadro regulamentar europeu dos serviços de media audiovisuais se tornou imperiosa, *não se encontra na proposta uma verdadeira preocupação com a diversidade dos serviços dos meios audiovisuais (SMA), a promoção da livre circulação da informação, o desenvolvimento da cultura bem como com a livre formação das opiniões em condições que garantam a salvaguarda do pluralismo informativo e a diversidade cultural e linguística.*

b) Identicamente não pode deixar de se lamentar que se tenha *perdido a oportunidade para eliminar as divergências que subsistem nas disposições da nova diretiva e da Convenção europeia modificada do Conselho da Europa sobre a televisão transfronteiras aplicada em 21 estados-membros da UE*, mantendo uma situação de divergência num mercado digital que se queria “único” na aplicação das regras relativas por exemplo ao tempo

de transmissão consagrado aos anúncios, aos patrocínios ou aos serviços de programas consagrados exclusivamente à autopromoção.

c) Quanto à *quota mínima de 20% imposta aos grandes prestadores de serviços de VOD*, esta obrigação não lhes pedirá esforços acrescidos na medida em que já os atingem, além de que esta quota *é demasiado modesta em relação à aplicável aos difusores lineares da radiodifusão televisiva* que são obrigados a respeitar sempre uma proporção mínima de 50% de obras europeias. A quota mínima citada de 20% deveria assim ser revista em alta.

d) Também se tem *reservas em relação à possibilidade de serem concedidas derrogações relativas às obras europeias às pequenas e médias empresas*, o que poderia traduzir-se numa nova forma de concorrência desleal.

e) Identicamente *não se concorda com a possibilidade de os estados-membros serem autorizados a impor aos serviços a pedido que relevem da sua competência, bem como aos estabelecidos fora das suas fronteiras e que tenham como alvo o seu público nacional, contribuições financeiras sob a forma de investimentos diretos em obras ou pagamentos a fundos cinematográficos nacionais*. Esta medida poderá introduzir condições de concorrência desleal, consoante um estado-membro introduza ou não tais contribuições, e poderá penalizar os serviços audiovisuais de um estado-membro destinados aos cidadãos de um outro estado-membro. Por outro lado a medida seria difícil de aplicar pelo fato de os prestadores de serviços VOD guardarem segredo do seu número de assinantes e do seu montante de negócios realizado fora do país.

f) *No que respeita à proteção de menores*, saúda-se a intenção da Comissão de alinhar as normas de proteção aplicáveis aos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos com as aplicáveis à radiodifusão televisiva. No entanto, *está-se em profundo desacordo com a proposta quando ela pretende reservar mais espaço e maior flexibilidade à publicidade para todos os serviços de media audiovisuais*⁵⁰.

g) Julga-se, com efeito, que *o equilíbrio pretendido entre a competitividade e a proteção dos consumidores se fará em detrimento dos consumidores*. Parece evidente que de agora em diante as interrupções de programas com vista a inserir a publicidade se farão a um ritmo mais intenso durante as horas de ponta e de grande audiência, enquanto de

manhã cedo e pela noite a publicidade se fará mais rara, a fim de criar a margem de manobra necessária para respeitar a quota de 20% de publicidade durante o dia.

h) Estas novas regras publicitárias arriscarão igualmente de atingir a *integridade das obras e de atentar contra o direito moral dos autores*, pelo que pelo menos as regras atuais se deveriam manter.

44. Aliás, se passarmos em revista quais eram as expectativas que se tinham com a revisão da diretiva para uma maior defesa dos consumidores em geral e uma particular proteção dos menores e de outros públicos mais sensíveis e vulneráveis, força será de concluir que elas foram completamente goradas.

Com efeito o artigo 12º da proposta, ao determinar que programas suscetíveis de afetar o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores apenas sejam disponibilizados de forma que garanta que, em regra, estes não os vejam nem ouçam, regra esta aplicável independentemente de tais programas serem emitidos por operadores televisivos ou disponibilizados por fornecedores de serviços de comunicação social a pedido, apenas na aparência é favorável aos menores. Na realidade, simultaneamente o artigo 27º da atual diretiva é suprimido e, em contrapartida, em vez de normas mais restritivas o que se encontra antes é uma tendência geral para normas mais flexíveis e uma crescente substituição de regras de direito cogente pelo recurso à auto e correção muito para além do que é o seu natural escopo e do que seria razoável.

São os casos, por exemplo, da limitação horária substituída por um limite diário de 20% de publicidade durante o período compreendido entre as 7h00 e as 23h00 (artigo 23º), ou de filmes realizados para a televisão, obras cinematográficas e noticiários poderem ser interrompidos com maior frequência (artigo 20º), sendo admissíveis spots publicitários isolados (artigo 19º). É o caso também das disposições destinadas a proteger os menores contra comunicações comerciais audiovisuais inadequadas relativas a alimentos com elevado teor de gordura, sal/sódio e açúcares, bem como bebidas alcoólicas, praticamente relegadas para

O equilíbrio pretendido entre a competitividade e a proteção dos consumidores se fará em detrimento dos consumidores

códigos de conduta a nível da UE (artigo 9º, nºs 2 e 4). É o caso ainda da sua aplicação em certos aspectos a serviços de plataformas de partilha de vídeos mantendo a sua irresponsabilidade editorial pelos conteúdos que armazenam mas que organizam utilizando diversos meios nos termos do artigo 14º da Diretiva Comércio Eletrónico (Diretiva 2000/31/CE), relegando de preferência para a correção aspectos tão importantes como “i) *proteger os menores dos conteúdos nocivos e ii) proteger todos os cidadãos do incitamento à violência ou ao ódio*”, abstendo-se de impor aos fornecedores qualquer obrigação geral de vigilância de conteúdos ou de procura ativa de fatos e sem determinar aos estados-membros que exijam aos fornecedores de plataformas de partilha de vídeos sob a sua jurisdição a aplicação de medidas mais estritas do que as previstas na diretiva alterada.

No que respeita à prestação de serviços da sociedade da informação a partir de outro estado-membro, a manutenção do princípio do país de origem, apesar de certo número de exceções (artigo 3º), só poderá agravar a situação de desproteção de consumidores em geral e dos menores em particular, para mais quando a Comissão se propõe apenas “*facilitar, com o apoio do ERGA, a coordenação de códigos de conduta a nível da EU*”.

Aliás, é particularmente sintomático que a proposta de diretiva nestas áreas sensíveis se limite a “*incentivar*” os estados-membros “*a assegurar que os códigos de conduta no âmbito da autorregulação e correção sejam utilizados para reduzir eficazmente a exposição das crianças e dos menores a comunicações comerciais audiovisuais respeitantes a alimentos e bebidas com elevado teor de sal, açúcares ou gordura ou que, de um outro modo, não cumpram estas orientações nutricionais nacionais ou internacionais*”, bem como a “*encorajar*” os estados-membros a verificar se os códigos de conduta acima referidos são utilizados para “*limitar de forma concreta a exposição das crianças e menores às comunicações comerciais audiovisuais relativas a bebidas alcoólicas*” através de “*sistemas de correção ou autorregulação a nível da União e a nível nacional destinados a garantir uma publicidade responsável a bebidas alcoólicas, designadamente nas comunicações comerciais audiovisuais*”.

Finalmente e sempre a título de exemplo, a maior liberalização da colocação de produto agora “*autorizada em todos os serviços de comunicação social audiovisual*”, embora sujeita a algumas exceções

e apesar do reconhecimento de que “*podem afetar o comportamento das crianças, dado não serem estas, muitas vezes, capazes de reconhecer o conteúdo comercial*”, ficou apenas limitada “*à indicação clara aos telespectadores da existência dessa colocação e na garantia de que a independência editorial do fornecedor de serviços de comunicação social audiovisual não é afetada*”.

VII. Conclusão

Forçoso é constatar que o apelo insistente dirigido à Comissão pelos representantes da sociedade civil no sentido de aproveitar a revisão desta diretiva para reforçar a proteção dos consumidores em geral e dos menores em particular face às práticas agressivas e violadoras de direitos fundamentais de certa publicidade não teve o eco que se esperava na presente proposta. Uma vez mais a Comissão desiludiu ao demitir-se totalmente de uma ação decidida e proativa nesta área.

Isto significa apenas que não é o tempo de baixar os braços e que, ao contrário, existe um largo percurso a percorrer no âmbito comunitário (e, evidentemente, também ao nível dos países membros e não membros da UE) pela sociedade civil no sentido de manter esta questão na ordem do dia e de tentar influenciar os decisores políticos, nas várias instâncias, para que aceitem decidir aquilo que a situação comprovadamente demanda 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 e do marketing.

Notas

1. J. Pegado Liz. Advogado. Conselheiro do CESE (Bruxelas), membro do Bureau da Secção Mercado Interno e Protecção dos Consumidores (CESE) e da Comissão Consultiva para as Mutações Industriais. Juiz do Tribunal Arbitral CIMPAS.
2. RLBDC, n. 14, p. 83.
3. 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. Publicado na RLBDC, n. 8, p. 301.

4. O chamado “Better regulation package” acompanhado do Programa REFIT.
5. Ver sobre o tema, o meu artigo “A Publicidade na União Europeia” in *RPDC*, n. 48, dez. 2006, p. 47.
6. Trata-se, com efeito, do reconhecimento de que “a publicidade ultrapassa as fronteiras dos estados-membros e que, em consequência, tem uma incidência directa no estabelecimento e no funcionamento do mercado comum” e de que existem “grandes disparidades entre as legislações actualmente em vigor nos estados-membros”, tal como se podia ler no preâmbulo da Diretiva 84/540/CEE, de 10 de setembro de 1984.
7. 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 sgs, 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 Union 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 SA, Navarra, 2012.
8. 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.
9. In JO, L 95 de 15.04.2010, entrada em vigor em 05.05.2010.
10. Diretiva 89/552/CEE, de 3 de outubro de 1989, in JO L 298 de 17.10.1989, sucessivamente alterada pelas Diretiva 97/36 CE de 30 de junho de 1997, in JO L 202 de 30.07.1997 e Diretiva 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.
11. Doc COM (2005) 646 final de 13 de dezembro de 2005.
12. JO C 102 de 28.09.2004.
13. 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 comparativa.
14. Em que o CESE está a colaborar ativamente preparando um Relatório de Informação sobre a aplicação de seis principais diretivas entre as quais as agora em apreço, e de que o aqui relator foi encarregado (INT/796)

15. Proposta de Diretiva que altera a Diretiva 2010/13/UE 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 para adaptar à evolução das realidades do mercado (COM (2016) 287 final de 25.05.2016, sobre a qual o CESE ainda não iniciou os seus trabalhos.
16. COM (2011) 635 final de 11.10.2011, objeto de artigo meu publicado na RLBDC n. 11, p. 275. Não posso deixar de referir aqui a comunicação apresentada por Norbert Reich na Assembleia Geral da ELFA, em Madrid a 9 de março de 2012, sob o título “Unwrapping the Commission Package for a “Common European Sales Law (CESL)” of 11.10 2011 – what is in it for Consumers?”, que terá sido das últimas apresentações em público do professor emérito, pouco depois falecido, que tive o privilégio de conhecer pessoalmente e de com ele privar em várias ocasiões e que recorro com grande saudade.
17. Diretiva 2011/83/UE de 25 de outubro de 2011 relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE (JO L 304/64 de 22.11.2011) objeto de artigo meu publicado na RLBDC n. 6, p.185.
18. INT/795, Rel. H. Bataller.
19. Regulamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (JO L 119/1 de 4.5.2016).
20. COM (2015) 634 final e COM (2015) 635 final de 9.12.2015.
21. Objeto do Parecer do CESE INT/775, de 27 de abril de 2016 de que fui relator.
22. Sobre essa problemática 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, São Paulo, 2009.
23. 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*”.
24. Relatora a deputada espanhola Silvia Costa da Comissão da Cultura e da Educação.
25. Parecer TEN/489, de 18 de setembro de 2012, do Comité Económico e Social Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Estratégia europeia para uma internet melhor para as crianças COM(2012) 196 final, relator: Antonio Longo.
26. 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 Quartim Graça Simão José e Margarida Almeida Bettencourt “*O Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-membros da UE*” (I.C., Lisboa, 2003).
27. 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 directa 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 directa dirigida a menores de 12 anos.”
 28. COM (2011) 942 final de 11.01.2012.
 29. COM (2011) 556 final de 13.09.2011.
 30. COM (2012) 196 final de 02.05.2012.
 31. 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).
 32. JO L 95 de 15.04.2010.
 33. (COM (2016) ...
 34. JO L 149 de 11.06.2005.
 35. Esta diretiva aguarda neste momento a realização de um estudo de avaliação e de impacto a desenvolver em paralelo e em simultâneo pela Comissão e pelo CESE, de que o aqui autor é o relator, com vista a uma sua futura revisão no quadro do Programa REFIT (Parecer INT 796).
 36. Sobre este tema ver, em especial, Consuelo Camacho Pereira, “*La Protección del Consumidor frente al Mensaje Publicitario*”, Ed., Aranzadi SA, Navarra, 2012., p. 174.
 37. JO L 270 de 07.10.98.
 38. JO L 378 de 27.12.2006.
 39. JO L 22 de 25.01.2003.
 40. JO L 152 de 20.06.2003.
 41. JO L 161 de 16 de junho de 2001.
 42. JO L 13 de 20.01.2004.
 43. “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 protecção de dados, onde incompreensivelmente baixa para 13 anos (Ver Parecer CESE 1303/2012 (SOC/455) de 23.05.2012 sobre a *Proposta de Regulamento relativa à protecção das*

peças físicas em relação ao tratamento de dados de carácter pessoal (COM (2012) 11 final) de que foi relator o aqui A.

44. JO L 348 de 24.12.2008.
45. Ver o meu artigo “A tutela do álcool e a proteção dos menores face à publicidade ao álcool no direito da EU” in *RLBDC*, n. 20 p. 65.
46. 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).

A par destas disposições de direito comunitário, outros instrumentos de natureza convencional ou programático, 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 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), 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);
 - c) A Convenção sobre os Direitos da Criança, assinada por Portugal a 26 de janeiro de 1990 publicada no DR I Série A n. 211/90, 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.
47. 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 Agro-Alimentares 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” e a recente proposta “StanMark” da IASO no âmbito do Projeto-Piloto “Transatlantic Methods for Handling Global Challenges” (junho 2011). Sobre os diferentes sistemas de autorregulação da publicidade nos vários estados-membro, 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.

48. 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, Progrma Paper Number 2, April 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 thr 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.
49. COM (2016) 287 final de 25.05.2016. A 1ª reunião do grupo de estudo encarregado de analisar esta diretiva tem lugar no dia 19 do mês corrente, ou seja, poucos dias depois deste artigo ser concluído.
50. Com efeito a proposta pretende fixar as restrições publicitárias no máximo de 20% por dia seja 3h12min de publicidade entre as 7h e 23h em vez do *plafond* atual de 12 min por hora. Daí resultará que filmes concebidos para a televisão, obras cinematográficas e programas de informação poderão ser interrompidos com maior frequência durante uma hora determinada; Spots isolados serão autorizados relativamente ao patrocínio e a colocação de produtos será mais facilitada.

COMUNICAÇÃO
COMERCIAL
AUDIOVISUAL
DIRIGIDA A MENORES:
TUTELA DAS CRIANÇAS E
JOVENS FACE À PUBLICIDADE
NA TELEVISÃO¹

RUTE COUTO²

Docente do Instituto Politécnico de Bragança

RESUMO

A publicidade dirigida a menores integra-se nas temáticas alargadas do incitamento ao consumo excessivo e ao sobre-endividamento dos consumidores, e da responsabilidade social e jurídica dos meios de comunicação social enquanto titulares dos suportes publicitários. A investigação que sustenta o presente artigo parte da consideração das crianças e jovens como influenciadores e influenciados pela comunicação comercial, e da observação das consequências da publicidade e dos efeitos do consumo excessivo nos menores, famílias e sociedade. Sustentamos, no plano dos limites à liberdade de programação dos serviços de programas televisivos, o reforço da proteção dos públicos vulneráveis, por via da restrição da publicidade infanto-juvenil nas diferentes formas de comunicação comercial audiovisual.

ABSTRACT

Advertising aimed at children is integrated in wider issues of incitement to over-consumption and over-indebtedness of consumers, and social and legal responsibility of the media as holders of advertising. The starting point of this research is the consideration of children and youth as influencing and influenced by commercial communication, and the observation of the effects of advertising and excessive consumption in children, families and society. We argue, in terms of limits on freedom of programming of television program services, enhancing the protection of vulnerable groups, through the restriction of the juvenile advertising in different forms of audiovisual commercial communication.

1. Introdução: relevância e delimitação do tema

Vivemos numa sociedade de constante apelo ao consumo, mediado pela sedução publicitária que desperta desejos de compra de bens ou serviços. Igualmente envolvido neste fenómeno está o público infantil e juvenil, que, dada a sua vulnerabilidade, merece uma reflexão específica e uma acrescida proteção. Assumindo a publicidade com as suas valias³ e perigos, é patente o conflito entre as liberdades de expressão e de iniciativa económica e a necessidade de proteção da infância e juventude com vista ao seu desenvolvimento integral⁴.

Este trabalho integra-se na nossa investigação doutoral em curso, mais alargada, quanto à tutela do consumidor menor como público vulnerável. Considerando a comunicação comercial ou publicidade uma dimensão do direito à informação e qualificando o menor como consumidor, impõe-se, pois, refletir sobre a necessidade de proteção do menor face à publicidade. Nesta temática, assistimos à partilha de contributos de diversas áreas do saber, numa multidisciplinariedade desejada e enriquecedora. Aqui traremos a perspectiva jurídica, porquanto o direito acompanha a vida e esta o desafia constantemente.

Três delimitações se impõe desde já precisar. Cientes de que os menores são atualmente influenciados por outros meios de difusão publicitária⁵, tais como a internet (em particular as redes sociais), os videojogos⁶ ou o cinema, ora abordaremos somente as comunicações comerciais audiovisuais, i.e., veiculadas pela *televisão*. Em segundo lugar, a reflexão global sobre o consumidor menor face à comunicação comercial inclui a publicidade que atinge ou afeta menores, a publicidade dirigida a menores e a publicidade que utiliza menores⁷, e aqui nos centraremos na segunda, a que tem os menores como *destinatários* ou *alvos*. Por último, por economia de espaço, a nossa exposição incide sobre o regime jurídico *nacional* vigente (moldado por instrumentos comunitários), pelo que não caberá aqui a necessária perspectiva histórica⁸ ou análise de direito comparado⁹.

Dividimos o presente artigo em três partes: o problema, a solução e a reflexão. Na primeira, abordaremos as questões que justificam ou motivam a proteção das crianças e jovens neste domínio. Na segunda, descreveremos o regime jurídico atual, o da *hard law* (regulação), com uma breve alusão à *soft law* (autorregulação). Será esse o ponto de partida para a reflexão

quanto à (in)suficiência deste regime da *law in the books* e o *quantum* de proteção a implementar a título de *law in action*. Neste desígnio, não deixaremos de ter presente a iniciativa de audição pública promovida pela Associação Portuguesa de Direito do Consumo¹⁰, um dos preliminares do parecer do Comité Económico e Social Europeu (CESE) sobre “um quadro para a publicidade destinada aos jovens e às crianças”¹¹.

2. O problema: impacto da publicidade nas crianças e jovens

A motivação para a proteção do consumidor menor advém da sua *exposição* à publicidade e da sua especial *vulnerabilidade* perante a mesma¹². Na realidade, crianças e jovens são expostos de forma massiva à comunicação publicitária audiovisual¹³, quer pelo número de horas de consumo de televisão, quer pelo fato de absorverem de forma mais rápida os anúncios publicitários que visualizam¹⁴, em particular quando o mesmo anúncio é repetido exaustivamente. No entanto, enquanto pessoas em formação, as crianças não filtram a publicidade¹⁵ nem compreendem a sua função comercial e persuasiva, assumindo as mensagens publicitárias como verdadeiras e correspondentes a necessidades reais, o que pode conduzir a um excessivo consumismo, ou a frustração quando ao desejo despertado não corresponde a efetiva compra do bem ou serviço publicitado.

Na sociedade de consumo, as crianças e jovens são simultaneamente *influenciadores e influenciados*. Por um lado, a “mercantilização” da infância converteu os menores num apetecível alvo do mercado, diretamente enquanto sujeitos económicos (nos negócios jurídicos ao alcance da sua capacidade jurídica) e, de forma mediata, pela influência nos hábitos de consumo familiares¹⁶. Por outro lado, é notória a influência que o mercado de consumo detém sobre este público, na definição de status social e padrões de comportamento, no despertar de ilusões e desejos, e na fidelização (de futuros adultos consumidores) às marcas.

Os efeitos do consumo excessivo fazem-se sentir na criança e no jovem, na sua família, na sociedade. Entre as consequências de uma publicidade desregulada podemos referir a adulteração de valores sociais, a erotização precoce, a obesidade infantil, a indução a comportamentos violentos ou consumo de álcool e a inconsciência ambiental. Ademais, os apelos dos menores ao consumo, quando não correspondidos pelos pais, são fonte de conflitos familiares e sobre-endividamento das famílias¹⁷.

Queremos destacar duas destas nocivas realidades. Desde logo, a *obesidade infantil* – a “pandemia dos ricos”¹⁸ – só por si justifica o esforço de regulação destas matérias. “O apelo aos maus hábitos alimentares é uma constante na publicidade infantil”¹⁹, induzindo (muitas vezes pela utilização de personagens heroicas ou mascotes) ao consumo de produtos perigosos para a saúde, intensificado pelas dinâmicas profissionais ou condições socioeconómicas do agregado familiar.

Inquietante é igualmente o impacto da publicidade na génese de *conflitos familiares*. O CESE evidencia a “relação causal entre a exposição a certos anúncios e os pedidos de compra aos pais”, mais penalizadora nas famílias de baixos recursos (por incapacidade financeira ou menor capacidade de diálogo)²⁰. Igor Rodrigues Britto realça o “fator amolação”²¹, considerando existir irresponsabilidade por parte dos anunciantes e instando a uma preocupação concertada de família, Estado e sociedade²².

Lemos, de um autor que não conseguimos precisar, que “somos a última geração a obedecer aos pais e a primeira a obedecer aos filhos” e estão ainda por determinar muitos dos efeitos desta “obediência” e do fato de as crianças de hoje não serem educadas para a frustração. Dizer “não” é muitas vezes a melhor forma de educar e as crianças necessitam da segurança que a imposição de limites proporciona, o que assumimos não ser tarefa fácil na sociedade atual com ritmos de vida acelerados, famílias desestruturadas (e inerentes mecanismos de culpa-compensação) e do “ter” como fator de inclusão social²³.

3. A solução: tutela do consumidor menor face à publicidade

3.1 O Código da Publicidade (CPub)²⁴ define-a como “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; e b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições”, submetendo-a a quatro princípios – licitude, identificabilidade, veracidade e respeito pelos direitos do consumidor. Neste último, o legislador proíbe a publicidade que encoraje comportamentos prejudiciais à *saúde e segurança* do consumidor ou apresente situações

em que a segurança não seja respeitada, com particular cautela no caso de publicidade especialmente dirigida a crianças e adolescentes, bem como outros públicos vulneráveis, como os idosos ou portadores de deficiência (artigo 13º CPub).

Os menores figuram entre as restrições (ao conteúdo e objeto da publicidade) presentes na lei. A tónica é colocada na sua *vulnerabilidade psicológica*, pelo que a publicidade especialmente dirigida a menores deverá abster-se de: a) incitar diretamente os menores, explorando a sua inexperiência ou credulidade, a adquirir um serviço; b) incitar diretamente os menores a persuadirem os seus pais ou terceiros a comprarem os produtos em questão; c) conter elementos suscetíveis de fazerem perigar a sua integridade física ou moral, bem como 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 (artigo 14º, n. 1, CPub)²⁵.

A publicidade a bebidas alcoólicas (artigo 17º CPub) não pode dirigir-se especificamente a menores nem os apresentar a consumir tais bebidas. Outra restrição diz respeito à publicidade de eventos em que participem menores (atividades desportivas, culturais, recreativas ou outras), em que não podem ser exibidas ou mencionadas marcas de bebidas alcoólicas. Nos estabelecimentos de ensino²⁶, ou em publicações, programas ou atividades especialmente destinados a menores, é proibida a publicidade a bebidas alcoólicas, ao tabaco ou a qualquer tipo de material pornográfico (artigo 20º CPub).

Na mais recente alteração ao código, operada pelo Decreto-Lei 66/2015, de 29 de abril, a proteção dos menores, bem como de outros grupos vulneráveis e de risco, foi assumida como um dos critérios de uma publicidade socialmente responsável a jogos e apostas. A lei consagra agora a proibição expressa de publicidade de jogos e apostas que se dirija ou que utilize menores enquanto intervenientes na mensagem e no interior (ou a menos de 250 metros em linha reta) de escolas ou outras infraestruturas destinadas à frequência de menores, bem como de menções, explícitas ou implícitas, a jogos e apostas em locais onde decorram eventos destinados a menores ou nos quais estes participem enquanto intervenientes principais, e nas comunicações comerciais e publicidade desses eventos (artigo 21º CPub).

Há uma última referência à corresponsabilização do titular do suporte publicitário (no caso, os operadores de televisão), a par do anunciante e do profissional ou agência de publicidade, quer ao nível da responsabilidade civil (pelos prejuízos causados a terceiros em resultado da difusão de mensagens publicitárias ilícitas), quer como agentes das contraordenações pela infração dos vários dispositivos normativos referidos.

3.2 O regime jurídico aplicável às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores (LPCD)²⁷ julga desleais “as práticas comerciais suscetíveis de distorcer substancialmente o comportamento económico de um único grupo, claramente identificável, de consumidores *particularmente vulneráveis*, em razão da sua doença mental ou física, *idade ou credulidade*, à prática comercial ou ao bem ou serviço subjacentes, se o profissional pudesse razoavelmente ter previsto que a sua conduta era suscetível de provocar essa distorção” (artigo 6º LPCD)²⁸. Com dispensa desta apreciação casuística, o legislador coloca na “lista negra” de práticas comerciais consideradas *agressivas* em qualquer circunstância 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 (artigo 12º, e), LPCD).

A publicidade a bebidas alcoólicas não pode dirigir-se a menores nem os apresentar a consumir tais bebidas

3.3 Na Lei da Televisão e dos Serviços Audiovisuais a Pedido (LT)²⁹ estabelece-se a obrigação geral dos operadores de televisão de observarem uma ética de antena que assegure, entre outros valores, “o desenvolvimento da personalidade de crianças e adolescentes” (artigo 34º, n. 1, LT), impondo-se a incumbência de contribuir para a formação do público jovem e infantil de modo particular à concessionária do serviço público de televisão (artigos 51º, n. 2, d), e 52º, n. 5, c), LT). Entre os *limites à liberdade de programação*, o artigo 27º LT inclui a proteção da personalidade de crianças e adolescentes, numa dupla vertente: proibição de programas suscetíveis de prejudicar manifesta, séria e gravemente a livre formação daquela personalidade (designadamente por conterem pornografia ou violência gratuita) e, quanto a outros programas suscetíveis de influírem de modo negativo na formação

da personalidade destes públicos vulneráveis, a imposição de condições quanto à sua emissão (entre as 22 horas e 30 minutos e as 6 horas, e com difusão permanente de um identificativo visual apropriado³⁰). Estes limites respeitam a todos os elementos de programação, incluindo a publicidade e a autopromoção, serviços de teletexto e guias eletrónicos de programação (artigo 27º, n. 7, LT). No caso dos serviços audiovisuais a pedido, exige-se a “adoção de funcionalidades técnicas adequadas a evitar o acesso a esses conteúdos por parte daquele segmento do público” (artigo 27º, n. 10, LT). Também a retransmissão de serviços de programas televisivos ou dos respectivos programas pode ser suspensa quando prejudique a formação da personalidade de crianças e jovens, de acordo com os procedimentos previstos no artigo 86º LT.

O legislador trata diferentes formas de *comunicação comercial audiovisual* – a “publicidade televisiva”³¹ (incluindo a “autopromoção”³² e a “telepromoção”³³) e “televenda”³⁴, o “patrocínio”³⁵, a “colocação de produto”³⁶ e a “ajuda à produção”³⁷ – determinando requisitos quanto à sua identificação e separação, inserção e tempo de emissão, que aqui nos dispensaremos de descrever³⁸. Apontaremos apenas os limites definidos quanto à publicidade dirigida a crianças e jovens, nomeadamente por ocasião dos *programas infantis*.

Quanto à inserção de *publicidade televisiva*, dispõe o legislador que “a transmissão de programas infantis só pode ser interrompida por publicidade televisiva uma vez por cada período de programação de, no mínimo, trinta minutos desde que a duração prevista para o programa seja superior a trinta minutos” (artigo 40º-B, n. 5, LT). Já a *televenda* é proibida no decurso de programas infantis e nos quinze minutos imediatamente anteriores e posteriores à sua transmissão (artigo 40º-B, n. 3, LT). Uma referência ainda para a ignorada norma do artigo 40º-B, n. 2, LT, que proíbe, na inserção de publicidade televisiva ou televenda, o aumento do nível do volume sonoro aplicado à restante programação³⁹.

No que se refere à inclusão ou referência a um bem ou serviço em programas infantis, a lei proíbe a *colocação de produto*, mas admite a *ajuda à produção* (quando os bens ou serviços utilizados não tenham “valor comercial significativo”⁴⁰). Expressiva foi a inclusão, em 2011, de uma norma específica quanto à chamada *junk food*, no artigo 41º-A, n. 8, LT: “Não é admitida a apresentação, durante a exibição de programas infantis,

de qualquer tipo de mensagens comerciais suscetíveis 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”.

Na regulamentação de novas técnicas de publicidade⁴¹, proíbe-se a publicidade televisiva em *ecrã fracionado* em programas infantis (artigo 40º-B, n. 3, c), LT) e a inclusão de funcionalidades que permitam a passagem para ambiente *interativo* que contenha publicidade no decurso de programas infantis e nos cinco minutos imediatamente anteriores e posteriores à sua transmissão (artigo 41º-D, n. 2, LT).

3.4 Complementarmente, ao nível da autorregulação⁴² – cuja análise aprofundada reservamos para um futuro estudo – destacamos os instrumentos do *Instituto Civil da Autodisciplina da Comunicação Comercial (ICAP)*⁴³, designadamente o seu “Código de Conduta em Matéria de Publicidade e outras Formas de Comunicação Comercial” (revisto em 2014), o “Código de Autorregulação em Matéria de Comunicação Comercial de Alimentos e Bebidas dirigida a Crianças” (2010)⁴⁴, o “Código de Autorregulação da Comunicação Comercial em Matéria de Bebidas Alcoólicas – Vinhos e Espirituosas” (2014) e o “Guia de Boas Práticas de Comunicações de Marketing Digital e Publicidade Comportamental Online no Âmbito da Autorregulação” (2014).

Do lado dos *anunciantes*, nota para os “Compromissos da Indústria Alimentar sobre Alimentação, Atividade Física e Saúde – Publicidade e Marketing Dirigidos a Crianças” (2009), subscrito por 26 empresas da indústria agroalimentar⁴⁵, e o “Código de Autorregulação dos Cervejeiros Portugueses para a Comunicação Comercial” (2006), que inclui compromissos relacionados com o consumo de cerveja e a juventude⁴⁶.

4. A reflexão: publicidade infanto-juvenil – permitir, restringir ou proibir?

“A questão da publicidade infanto-juvenil é, antes de mais, uma questão de cidadania e de proteção de direitos fundamentais.”⁴⁷ Pelas nefastas consequências para as crianças e jovens, seus núcleos familiares e sociedade, entendemos que o caminho não poderá ser o da permissão, mas sim o da

restrição ou proibição. O que temos atualmente é um regime jurídico com restrições à comunicação comercial audiovisual, sobre o qual cumpre agora refletir, para aferir da sua suficiência perante as necessidades de tutela dos consumidores menores.

Na voz de Mário Frota, “da *‘the law in the books’* à *‘the law in action’* dista um abismo”⁴⁸, sendo a publicidade infanto-juvenil um dos domínios em que muitas das previsões legais não são cumpridas pelos agentes económicos, nem funciona a fiscalização das entidades com competência para tal. E ainda assim, cremos que o regime jurídico vigente não é bastante⁴⁹ para acautelar os interesses deste público vulnerável, por três ordens de razões:

1. O regime está construído de forma demasiadamente vaga e genérica, já que as restrições se limitam, na sua generalidade, às comunicações comerciais em *programas infantis* (ou no espaço temporal imediatamente anterior e posterior), não traduzindo uma reflexão mais alargada no tocante à publicidade dirigida a crianças e jovens e que é emitida em diversos momentos de programação nos serviços de programas televisivos⁵⁰. É, pois, imperioso acompanhar outros estados-membros da União Europeia e consagrar limites mais amplos e minuciosos⁵¹, com ponderação dos reais hábitos de consumo televisivo dos menores⁵² e da publicidade emitida nos intervalos (e sua repetição), consideração dos programas juvenis e regulamentação específica de certos produtos e serviços.

2. Não há uma clara diferenciação das várias *faixas etárias* compreendidas na menoridade, atendendo ao seu grau de maturidade cognitiva e desigual impacto que a comunicação comercial nelas tem. Justifica-se a ponderação da proibição total da publicidade até à idade de 12 anos, marco que reúne algum consenso nos estudos sociais de impacto da publicidade e que acompanha os exemplos mais protecionistas recolhidos do direito comparado⁵³.

3. O *regime sancionatório* pelo incumprimento dos dispositivos legais de proteção destes públicos – fundamentalmente de natureza contraordenacional – é inadequado. Não se nos afigura dissuasor o pagamento de uma coima, quando as receitas publicitárias em muito compensarão aquele valor. Mesmo a suspensão ou cessação de publicidades ilícitas por si só é ineficiente do ponto de vista da responsabilização pública. Outras medidas, tais como a publicidade da sanção, publicidade corretiva ou suspensão da programação, surtiriam mais e melhor efeito.

Nunes Azevedo assinala que “a tutela da liberdade individual passa cada dia mais pela proteção da sua livre formação enquanto consumidor”⁵⁴, para concluir que “o estatuto jurídico do consumidor menor está [...] confinado a um limbo incómodo, com fortes implicações socioeconómicas a que o Direito tem de ser sensível”⁵⁵. Em matéria de comunicações comerciais audiovisuais dirigidas ao público infante-juvenil, urge tornar reais os princípios da *honestidade* e da *responsabilidade social* (preconizados por Margarida Bettencourt⁵⁶) enquanto orientadores da atividade publicitária.

O direito é por vezes apontado como excessivamente “paternalista”, e muitos são os que defendem que a proteção dos menores face ao impacto publicitário deverá ser reservada ao acompanhamento parental e literacia mediática. Partilhamos a visão dos autores que, não deixando de salientar a importância daqueles fatores, reconhecem a sua insuficiência no atual contexto em que “a televisão, a internet e o rádio são as novas baby-sitters das crianças e adolescentes”⁵⁷. *Educação* para o consumo⁵⁸ e responsabilidade da *família*⁵⁹ são essenciais, mas não isentam o Estado da sua função na “guarda da inocência e ingenuidade dos menores pelo bem da sociedade futura a se constituir”⁶⁰, quando em causa estão interesses públicos fundamentais⁶¹.

Que mundo queremos? O do *consumismo* (viver para consumir) ou o do *consumo* (consumir para viver)?⁶² Certamente aquele que assegure às atuais e futuras gerações o desenvolvimento e valorização integral enquanto pessoa, cidadão, consumidor.

Notas

1. Este texto corresponde, com as necessárias atualizações, à comunicação “Publicidade infante-juvenil na comunicação comercial audiovisual”, que apresentamos nas *V Jornadas da Publicidade: publicidade, públicos e redes de influência na actualidade digital*, realizadas na Faculdade de Filosofia de Braga da Universidade Católica Portuguesa em 28 de novembro de 2012.
2. Rute Couto. Docente do Instituto Politécnico de Bragança. Presidente da delegação de Trás-os-Montes da Associação Portuguesa de Direito do Consumo.rute@ipb.pt.
3. O Comité Económico e Social Europeu destaca a função de informação e esclarecimento dos consumidores, a difusão da inovação, a indução da criatividade e do entretenimento, o incentivo à concorrência e o aumento das possibilidades de escolha – Cf. o Parecer de iniciativa (infra referenciado) INT/593 (2.2).
4. Para uma análise do estatuto jurídico dos menores na ordem jurídica portuguesa (Constituição e Código Civil), cf. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo, *Tutela*

- do consumidor menor de idade. *O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 58 e segs.
5. Cf. Margarida Almada Bettencourt, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição*, p. 164 e Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 68.
 6. Cf. o recente estudo da Comissão Europeia, *Study on the impact of marketing through social media, online games and mobile applications on children's behavior*, de março de 2016, disponível para consulta em http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/behavioural_research/impact_media_marketing_study/index_en.htm.
 7. Cf. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 70) e Mário Frota (*A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*, título II-capítulo II).
 8. Cf. Mário Frota, *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*, título I.
 9. Cf. Pedro Quartin Graça Simão José e Margarida Almada Bettencourt (*O Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*, p. 199-215), Mário Frota (*A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*, título II-capítulo I) e Igor Rodrigues Britto (*Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 75-99).
 10. Cf. súmula das conclusões disponível em <http://www.netconsumo.com/2012/03/audicao-publica-universidade-lusofona.html>
 11. Cf. Parecer de iniciativa do CESE INT/593, de 18 de Setembro de 2012, disponível para consulta em http://webapi.eesc.europa.eu/documentsanonymous/ces138-2012_00_00_tra_ac_pt.doc, cujo relator foi o Conselheiro Jorge Pegado Liz.
 12. Cf. Paulo Ernani Bergamo dos Santos (*Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*, p. 64), Mário Frota (*A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*, título II-capítulo I), Pedro Quartin Graça Simão José e Margarida Almada Bettencourt (*O Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*, p. 199) e Igor Rodrigues Britto (*Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 65, 67 e 72).
 13. Paulo Morais (perito do CESE para a área da publicidade infantil) descreve o fenómeno como “autênticas lavagens de cérebro”: “Os verdadeiros encarregados da educação dos nossos filhos são os aparelhos de televisão. Se levarmos em linha de conta que 20% deste tempo é gasto em publicidade, isto representa, no final do ano, cerca de 26 ou 27 mil mensagens publicitárias” (na audição pública preliminar do Parecer do CESE – cf. <http://loc.grupolusofona.pt/index.php/diversos/nos-media/nos-media-publicidade-infanto-juvenil-permitir-restringir-ou-proibir.html>). Cf. ainda Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 66-70.
 14. Enquanto um adulto carece de 13 visionamentos para assimilar o conteúdo de um anúncio, uma criança precisa apenas de 2.
 15. Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.1, 4.2). Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 68) realça estarem em causa “mentes com uma grande capacidade de absorção de informação (...) mas simultaneamente desprovidas (...) do conjunto de raciocínios

- de defensivos e críticos que um adulto consegue desenvolver”. No mesmo sentido, cf. Igor Rodrigues Britto, *Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 69.
16. Há estudos que confirmam que as crianças influenciam entre 30 a 40% dos orçamentos domésticos.
 17. São valiosos os contributos reunidos no InfoCEDI (Boletim do Centro de Estudos, Documentação e Informação sobre a Criança do Instituto de Apoio à Criança) n. 37, referente à temática “A Criança e o Consumismo”, disponível em http://www.iacrianca.pt/images/stories/pdfs/infocedi/Infocedi_37_Acrianca_e_o_consumismo.pdf. Releva ainda para os textos dos excelsos autores da edição #14 da Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, de junho de 2014, dedicada exclusivamente ao tema da publicidade infanto-juvenil.
 18. Cf. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 69).
 19. Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.9 a 4.12).
 20. Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.7).
 21. Cf. Igor Rodrigues Britto, *O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*, p. 115 e segs.
 22. Cf. ainda, do mesmo autor, *Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 72-75.
 23. É possível já falar hoje de um “bullying de marca” – Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.8). Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 71) fala da “utilização – dir-se-ia até, manipulação – dos sentimentos dos pais em face da vontade dos filhos”. Cf. ainda PAULO Ernani Bergamo dos Santos (*Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*, p. 61) quanto ao binómio frustração-agressão nas crianças.
 24. Decreto-Lei 330/90, de 23 de outubro, na sua redação atual.
 25. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 77) assinala “a esquizofrenia (ou idealismo) da norma uma vez que nela se identifica uma exigência incompatível com o fim da própria atividade publicitária. Exigir à publicidade que se abstenha de incitar o destinatário da mensagem ao consumo, direto ou por interposta pessoa, apenas porque aquele destinatário padece duma vulnerabilidade psicológica é o mesmo que pedir à publicidade que deixe de o ser”. Margarida Almada Bettencourt (*Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição*, p. 162) considera igualmente este artigo “hoje completamente desajustado da realidade comunicacional que envolva menores de idade”.
 26. Numa abordagem crítica às escolas como “nicho de eleição da publicidade”, cf. Mário Frota, *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*, título III.
 27. Decreto-Lei 57/2008, de 26 de março, que transpôs a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005.
 28. A propósito do (insuficiente) esforço interpretativo do texto da Diretiva, cf. o Parecer do CESE INT/593 (6.9) e Margarida Almada Bettencourt, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição*, p. 161-2.
 29. Lei 27/2007, de 30 de julho, na sua versão atual. O diploma transpõe a Diretiva 89/552/CEE, do Conselho, de 3 de outubro, na redação que lhe foi dada pelas

- Diretivas 97/36/CE, do Parlamento e do Conselho, de 30 de Junho, e 2007/65/CE, do Parlamento e do Conselho, de 11 de Dezembro, hoje consolidada na Diretiva 2010/13/UE, do Parlamento e do Conselho, de 10 de Março (Diretiva “Serviços de Comunicação Social Audiovisual”). No tocante à matéria da proteção de crianças e jovens na comunicação social audiovisual, cf. em particular os Considerandos n^{os} 12, 47, 59 e 60 da Diretiva 2010/13/UE.
30. Vulgarmente designado “bolinha vermelha”, exibida no canto superior direito da televisão durante a emissão de programas que assim o exigem.
 31. Cf. artigo 2º, n. 1, r), LT, “a comunicação comercial audiovisual difundida em serviços de programas televisivos a troco de remuneração ou retribuição similar, ou com carácter autopromocional, por uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, relacionada com uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissão liberal, com o objetivo de promover o fornecimento, mediante pagamento, de produtos ou serviços, incluindo bens imóveis, direitos e obrigações”.
 32. Cf. artigo 2º, n. 1, c), LT, “a comunicação comercial audiovisual difundida pelo operador de televisão ou por um operador de serviços audiovisuais a pedido relativa aos seus próprios produtos e serviços, incluindo os serviços de programas televisivos, os serviços audiovisuais a pedido, os programas e produtos conexos com ele diretamente relacionados, bem como as obras cinematográficas e audiovisuais em que tenham participado financeiramente”.
 33. Cf. artigo 2º, n. 1, u), LT, “a publicidade televisiva inserida no decurso da interrupção cénica de um programa através do anúncio de bens ou serviços pelo respetivo apresentador”.
 34. Cf. artigo 2º, n. 1, v), LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na difusão de ofertas diretas ao público com vista ao fornecimento de bens ou serviços mediante pagamento”.
 35. Cf. artigo 2º, n. 1, o), LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na contribuição feita por pessoas singulares ou coletivas, públicas ou privadas, que não sejam operadores de televisão, operadores de serviços audiovisuais a pedido ou produtores de obras audiovisuais, para o financiamento de serviços de programas televisivos ou serviços audiovisuais a pedido, ou dos seus programas, com o intuito de promover o seu nome, marca, imagem, atividades ou produtos”.
 36. Cf. artigo 2º, n. 1, d), LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço, ou à respetiva marca comercial, num programa, a troco de pagamento ou retribuição similar”.
 37. Cf. artigo 2º, n. 1, b), LT, “a comunicação comercial audiovisual que consiste na inclusão ou referência a um bem ou serviço num programa, a título gratuito”.
 38. Cf. artigos 40º a 41º-D, LT.
 39. Confiamos agora na aplicação da Diretiva 2016/1 da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC), sobre os parâmetros técnicos de avaliação da variação do volume sonoro durante a difusão de publicidade nas emissões televisivas (disponível em <http://www.erc.pt/pt/deliberacoes>).
 40. Determinado mediante acordo celebrado entre os operadores de televisão e de serviços audiovisuais a pedido e sujeito a ratificação da ERC. Na ausência ou na falta

- de subscrição de acordo, o valor comercial significativo é definido pela ERC – cf. artigo 41º-A, nºs 10 e 11, LT.
41. Aqui se incluindo o ecrã fracionado (artigo 40º-B LT), as comunicações comerciais audiovisuais virtuais (artigos 2º, n. 1, f), e 41º-B, LT) e a publicidade interativa (artigo 41º-D, LT).
 42. Para mais exemplos de iniciativas de autorregulação e correção, cf. <http://www.gmcs.pt/pt/auto-regulacao-e-co-regulacao>. Apesar de muitos defenderem a regulação da publicidade principal ou exclusivamente através da autorregulação, não deixamos de dar a nossa preferência aos mecanismos de correção, sobretudo em matéria de comunicação comercial dirigida a crianças e jovens, em que o Estado não se pode demitir do seu papel tutelar.
 43. Todos disponíveis em <http://www.icap.pt/>.
 44. Que agrega normas éticas relativas à legalidade e veracidade das comunicações comerciais, responsabilidade social, saúde e segurança, identificabilidade e intervenção através de personagens e programas, promoção de vendas e marketing nas escolas.
 45. Disponível em <http://www.compromissos-alimentar.com/>. O compromisso resultou de uma iniciativa mobilizada pela Associação Portuguesa de Anunciantes (APAN) e a Federação das Indústrias Portuguesas Agro-Alimentares (FIPA).
 46. Disponível em <http://www.apcv.pt/>.
 47. Cf. Parecer do CESE INT/593 (8.3).
 48. Cf. Mário Frota, *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*.
 49. Quanto à insuficiência do quadro legal comunitário nesta matéria, cf. Parecer do CESE INT/593 (6).
 50. Cf. a análise de campanhas publicitárias efetuada por Igor Rodrigues Britto (*Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 99 e segs.), veiculadas em horários passíveis de serem assistidos por crianças e jovens.
 51. Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.13), tabela comparativa entre Estados-Membros (disponível em http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/reg/tvwf/contact_comm/35_table_1.pdf) e o quadro normativo proposto por Margarida Almada Bettencourt (*Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição*, p. 163 e segs.).
 52. Cf. estudo *A Televisão e as Crianças – Um ano de programação na RTP 1, RTP2, SIC e TVI* (maxime a pp. 179, 188, 225), disponível em <http://www.erc.pt/pt/estudos-e-publicacoes/media-imprensa-radio-tv>.
 53. Cf. Parecer do CESE INT/593 (1.6) e (4.2) e Mário Frota (*A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*, conclusões).
 54. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 58.
 55. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo, *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 66.
 56. Cf. Margarida Almada Bettencourt, *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição*, p. 168-170.
 57. Cf. Igor Rodrigues Britto, *Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 107.

58. Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.4) e Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 79-81).
59. Cf. Parecer do CESE INT/593 (4.5) e Igor Rodrigues Britto (*O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*, p. 117 e segs).
60. Cf. Igor Rodrigues Britto, *Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*, p. 74.
61. Mário Gabriel de Castro Nunes Azevedo (*Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*, p. 88) conclui que “se não cabe ao legislador afastar todas as formas de debilidade, cabe-lhe, pelo menos, tutelar aqueles que não dispõem das condições psicológicas para se defenderem – com os menores à cabeça”.
62. Cf. Márcia Amaral Corrêa de Moraes (*O Impacto da Mídia Publicitária e Relacional na Formação de Consumidores Jovens e Adultos*).

Referências

- AZEVEDO, Mário Gabriel de Castro Nunes. *Tutela do consumidor menor de idade. O consumidor menor de idade e a publicidade*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Coimbra. ISSN 0873-9773. n. 53 (Março de 2008), p. 56-88.
- BETTENCOURT, Margarida Almada. *Publicidade infanto-juvenil: restrição ou proibição?* Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Coimbra. ISSN 0873-9773. n. 50 (Junho de 2007), p. 160-176.
- BRITTO, Igor Rodrigues. *Crítica contra a Publicidade Infanto-Juvenil Brasileira*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Coimbra. ISSN 0873-9773. n. 51 (Setembro de 2007), p. 64-116.
- BRITTO, Igor Rodrigues. *O controle público da publicidade infantil e a tutela das famílias no Brasil*. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Curitiba. ISSN 2237-1168. Vol. I, # 3 (Setembro 2011) p. 107-130.
- FROTA, Mário. *A publicidade infanto-juvenil: perversões e perspectivas*. 2. ed. – revista e atualizada. Juruá Editora, 2007. ISBN 9788536213972.
- Instituto de Apoio à Criança – InfoCEDI: *Boletim do Centro de Estudos, Documentação e Informação sobre a Criança do Instituto de Apoio à Criança*. Lisboa. ISSN 1647-4163. n. 37 (Novembro-Dezembro 2011)
- JOSÉ, Pedro Quartim Graça Simão; BETTENCOURT, Margarida Almada – *O Regime Jurídico da Publicidade nos Estados-Membros da União Europeia*. Lisboa: Instituto do Consumidor – Centro Europeu do Consumidor, 2003. ISBN 972-8715-14-5.
- 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. ISSN 2237-1168. Vol. II, # 7 (Setembro 2012) p. 95-112.
- SANTOS, Paulo Ernani Bergamo dos. *Publicidade abusiva e as crianças no mercado de consumo*. Revista Portuguesa de Direito do Consumo. Coimbra. ISSN 0873-9773. n. 66 (Junho de 2011), p. 53-67.

A PARADIGMÁTICA E HISTÓRICA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

STJ JULGOU ILEGAL A
PUBLICIDADE DE PRODUTO
ALIMENTÍCIO POR SER
DIRECIONADA A CRIANÇAS

ISABELLA HENRIQUES¹

Advogada, Mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos
e Coletivos – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

EXCERTOS

“Já a fundamentação em torno do ‘anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças’ é bastante inovadora”

“Pesquisas apontam que até por volta dos 6-8 anos a criança não possui habilidades para distinguir a publicidade do conteúdo de entretenimento e até os 8-12 anos não entende o caráter persuasivo da publicidade. Seria somente a partir dos 12 anos de idade que todas as crianças teriam, então, tal capacidade de compreensão do caráter persuasivo da publicidade”

“É de considerar-se que, legalmente, toda e qualquer publicidade voltada ao público com menos de 12 anos de idade, no país, já estaria eivada de nulidade na origem”

Recente decisão do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, proferida nos autos do Recurso Especial 1.558.086 – SP (2015/0061578-0), condenou a empresa Pandurata Alimentos Ltda., responsável pela marca Bauducco, por considerar abusiva e, portanto, ilegal a prática comercial de direcionar publicidade ao público infantil.

Foi a primeira vez na história do país que a mais alta corte responsável por dirimir questões relativas à legislação federal pronunciou-se sobre o tema e acolheu a tese de que o fato de a publicidade ser voltada a indivíduos com menos de 12 anos de idade, por si só, acarreta a sua ilegalidade.

Para tanto, a referida decisão fundamentou-se no disposto no artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor – Lei Federal 8.078/90 –, o qual assevera o seguinte:

Art. 37. *É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

[...]

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

Nesse sentido, é imperioso observar-se os exatos termos da ementa do acórdão², proferido pelo ministro Humberto Martins, relator do caso perante o Superior Tribunal de Justiça, mais conhecido como o “Tribunal da Cidadania”:

Processual civil. Direito do consumidor. Ação civil pública. Violação do art. 535 do CPC. Fundamentação deficiente. Súmula 284/STF. Publicidade de alimentos dirigida à criança. Abusividade. Venda casada caracterizada. Arts. 37, § 2º, e 39, I, do Código de Defesa do Consumidor.

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

2. A hipótese dos autos caracteriza publicidade duplamente abusiva. *Primeiro, por se tratar de anúncio ou promoção de venda de alimentos*

direcionada, direta ou indiretamente, às crianças. Segundo, pela evidente “venda casada”, ilícita em negócio jurídico entre adultos e, com maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC).

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

Recurso especial improvido. (grifos inseridos)

A ementa do acórdão é bastante clara ao resumir que o julgamento do caso teve como fundamento duas premissas, quais sejam: (i) a de que a publicidade dos produtos alimentícios da marca Bauducco, da empresa Pandurata Alimentos Ltda., fora dirigida direta ou indiretamente a crianças, e (ii) o fato de ter havido configuração da prática de venda casada. Aponta, assim, respectivamente, a violação aos artigos 37, § 2º, e 39, I³, do Código de Defesa do Consumidor.

O inteiro teor do acórdão aprofunda um pouco mais tal entendimento. No seu voto, o ministro relator asseverou, sem deixar dúvidas, quanto ao tema:

É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigidos, direta ou indiretamente, às crianças. A decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios, sobretudo em época de crise de obesidade, deve residir com os pais. Daí a ilegalidade, por abusivas, de campanhas publicitárias de fundo comercial que utilizem ou manipulem o universo lúdico infantil (art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor). (grifos inseridos)

A parte da fundamentação do acórdão que dispõe acerca da venda casada chama menos atenção – e não será objeto do presente artigo – porquanto trata-se de discussão, de certa maneira, rotineira nos tribunais pátrios, na medida em que o artigo 39, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, há muito vem sendo objeto de estudos, análises e julgados no país.

Já a fundamentação em torno do “anúncio ou promoção de venda de alimentos direcionada, direta ou indiretamente, às crianças” é bastante inovadora. Até então, antes do referido julgamento, casos que discutiam

a legalidade do direcionamento de publicidade a crianças vinham sendo julgados por instâncias inferiores, nos tribunais estaduais do país, sem que houvesse uma uniformidade de entendimento.

O fato de a corte superior pronunciar-se e resolver a questão como fez é, sem dúvidas, um passo relevante para uma futura uniformização de jurisprudência e, mesmo, do entendimento judicial e até acadêmico em torno da questão. É como se o Superior Tribunal de Justiça tivesse falado a todos os julgadores do país que casos futuros que lá desemboquem terão semelhante resultado – ainda que não se trate, tecnicamente, de um caso de recurso repetitivo⁴.

Aliás, isso foi dito durante o julgamento do recurso especial em comento. O ministro Herman Benjamin – insigne jurista da área do direito do consumidor e um dos autores do anteprojeto do vigente Código de Defesa do Consumidor – chegou a falar expressamente que “não apenas para a Bauducco, mas para toda a indústria alimentícia, ponto final, acabou”⁵.

A propósito da importância que esse julgamento teve, inclusive no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça, é de se ressaltar a íntegra da fala do ministro Herman Benjamin durante a respectiva sessão, havida no dia 10 de março de 2016, em Brasília, cujo teor transcreve-se, abaixo:

“Gente, eu vou acompanhar o eminente relator, e eu queria felicitar os eminentes advogados⁶ que se manifestaram, assim como o Dr. Mário.

Não há dúvida de que *este é um caso paradigmático* aqui no Superior Tribunal de Justiça porque, que eu me lembre até agora, nem na seção do direito privado nem aqui no direito público onde nós, amiúde, examinamos questões do direito do consumidor, sobretudo no que se refere às atuações para os órgãos de defesa do consumidor ou mesmo quando estas questões são veiculadas por ação civil pública como é este o caso.

Aqui a hipótese, e daí o acerto, do voto do eminente relator, mas também no relator na origem que eu não conheço, mas que fez um voto exemplar ao adotar a posição de que aqui nós temos: uma publicidade abusiva duas vezes.

Nós temos uma publicidade abusiva, como afirma o eminente relator na parte que ele não leu do voto, por ser dirigida à criança, e dirigida à criança no que tange a produtos alimentícios. E aqui, ao contrário do que foi dito na tribuna, não se trata de paternalismo sufocante nem de moralismo demais, é o contrário: *significa reconhecer que a autoridade para decidir sobre a dieta dos filhos é dos pais. E que nenhuma empresa comercial, e nem mesmo outras que não tenham interesse comercial direto, têm o direito constitucional legal assegurado de tolher a autoridade e o bom senso dos pais.*

Então *este acórdão recoloca a autoridade dos pais*, e, nesse sentido, é que poderia ser paternalista, porque põe os pais na posição que eles têm em relação a tudo e ainda em relação ao futuro. Então este é o primeiro aspecto que eu queria ressaltar.

Decisão sobre alimento como medicamento não é para ser tomada pelos fornecedores. Eles podem oferecer os produtos, mas sem retirar a autonomia dos pais, e mais do que tudo, não dirigir esses anúncios às crianças e, pela porta dos fundos, de novo tolherem esta autonomia dos pais.

Aqui, se pensarmos em termos estritamente jurídicos, é uma aberração porque criança não tem o consentimento jurídico capaz de completar o negócio jurídico, mas tem o poder de convencimento do berro a outros atos mais sutis, em supermercado, fora do supermercado; há o *bullying* dos outros coleguinhas, tem o *bullying* direto dos coleguinhas que têm o relógio do Shrek, e essa pobre criança, que os pais tentam a todo custo educar ao seu modo, infelizmente, não tem.

Então o primeiro ponto é este que espero que Vossa Excelência, ao confirmar integralmente o acórdão recorrido e os fundamentos do acórdão recorrido, *reconhece que é uma publicidade abusiva por se dirigir à criança.*

Impressionou a linha de produtos que se chama “gulosos”, eu não sou religioso, mas a gula é um dos pecados, mas, vamos abstrair completamente o aspecto religioso porque não é disso que se trata aqui. Mas, no momento em que nós sofremos uma crise de obesidade, aliás, todos nós brigando com o peso que insiste em não nos obedecer, mas,

sobretudo as crianças, *é de se espantar que uma publicidade como esta seja dirigida às crianças.*

Então, repito, não se trata de moralismo demasiado, de paternalismo sufocante, aliás, estes foram os argumentos utilizados para questionar até o Supremo Tribunal Federal da vedação da publicidade de tabaco, os mesmos argumentos. De que se havia liberdade absoluta, de que na verdade a publicidade de tabaco não era para estimular as pessoas a fumarem, era para escolher uma marca em relação à outra, todos estes argumentos são iguaizinhos, e é bom que a indústria alimentícia que é tão importante e tão séria, aliás, eu sou consumidor da Bauducco, aqui é um consumidor falando, acho que outros aqui também, apreciamos estes produtos. Mas é bom que a indústria alimentícia tenha esta percepção de que estes são argumentos batidos, que foram rejeitados em outro contexto, evidentemente que num contexto muito mais sério, da publicidade de tabaco.

Também não me impressiona, ainda neste primeiro ponto, um outro argumento de que milhares de anúncios são feitos, são mesmo, e por isso a necessidade do Superior Tribunal de Justiça dizer, não apenas para a Bauducco, mas para toda a indústria alimentícia, ponto final, acabou.

E também não me impressiona mais um argumento de que não houve uma única reclamação, não precisa, o Código de Defesa do Consumidor no que tange à regulação da publicidade não estabelece um sistema de infração de resultado, basta a infração em si mesma, ou melhor dizendo, a prática em si mesma para caracterizar a infração. E finalmente, que não houve risco à saúde e à segurança, esse não é o critério do Código de Defesa do Consumidor, não é o único valor protegido pelo Código de Defesa do Consumidor. O Código protege, sobretudo, a autonomia da vontade. E onde está a autonomia da vontade de uma criança? E, sobretudo uma que está na idade ainda que sente um apelo de um relógio do Shrek.

O segundo fundamento do ministro Humberto Martins, do seu voto, também é impecável, e este eu não vou dizer mais nada porque realmente é muito evidente. A hipótese é de venda casada, não há dúvida que nós temos aqui uma venda casada, e, portanto, eu estou

acompanhando inteiramente, Sra. Presidente, sem mais me alongar o voto do eminente relator que eu festejo. Acho, peço se a posição do relator prevalecer, que este voto, esse acórdão receba ampla divulgação, para que fiquem marcadas essas duas práticas abusivas consideradas como tal pelo Código de Defesa do Consumidor. Primeiro a abusividade marcada pelo artigo 37 § 2º: publicidade de alimentos dirigida a crianças, e segundo, publicidade de novo abusiva, com base no artigo 39 também do CDC por ser venda casada.

Claro que aqui todos, e essa é minha observação final, todos aqui, a exceção do Dr. Mário, têm filhos crescidos. Mas os netos estão chegando. Então todos aqui, os netos estão chegando e eu acho que eu sou único isento mesmo porque não tenho filho, portanto, até onde sei, não há netos à vista.

Mas este é realmente *um julgamento histórico*, então eu peço divulgação da nossa imprensa, claro, após ouvir os eminentes colegas que ainda vão falar. Eu acompanho o relator.” (grifos inseridos na transcrição)

Além de um julgamento histórico, tratou-se, de fato, de um momento histórico na defesa, garantia e promoção dos direitos de crianças de todo o país, na medida em que a referida decisão, em que pese dizer respeito ao caso concreto que julgou, certamente terá reflexo na conduta de empresas em todo o território brasileiro. Cumpre notar que o referido julgamento veio para elucidar a correta interpretação da lei federal consumerista que está em vigor no Brasil há mais de 25 anos!

Mas por que nunca antes fora discutida essa questão perante o Superior Tribunal de Justiça, se é prática corrente o direcionamento de mensagens publicitárias às crianças no país, especialmente, mas não só, pela televisão aberta de alcance nacional, presente em quase a totalidade dos lares brasileiros? Porque poucos notaram a dimensão da importância dessa temática no país. Porque a interpretação sistemática da legislação positivada no ordenamento normativo que conclui pela abusividade do direcionamento de publicidade a crianças *a priori* foi apresentada há relativamente pouco tempo, pouco mais de 10 anos⁷, tendo apenas sido alardeada e exaustivamente promovida pelo Projeto Criança e Consumo

do Instituto Alana, que, no ano de 2016, completou sua primeira década de atuação⁸.

Também porque, mesmo que seja imprescindível a observância de todas as regras estatuídas no Código de Processo Civil pátrio para o cumprimento do passo a passo do processo judicial, assim como os princípios da ampla defesa e do contraditório, infelizmente as ações judiciais no Brasil levam muitos anos tramitando nas primeiras e segundas instâncias antes de os litígios chegarem à corte superior.

Nesse sentido, é importante notar que o caso da Bauducco ora em análise é originado de denúncia realizada em 16 de agosto de 2007 – ou seja, quase 9 anos antes do julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça – por meio de representação⁹ enviada pelo Projeto Criança e Consumo ao Ministério Público do Estado de São Paulo.

Essa representação originou, então, a propositura de ação civil pública por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo na data de 11 de julho de 2008¹⁰. Em primeira instância a ação teve seus pedidos julgados improcedentes, com ganho de causa para a Bauducco, conforme sentença de 23 de dezembro de 2008¹¹. Interposto recurso de apelação por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reformou a decisão monocrática dando provimento à apelação e julgando procedentes os pedidos iniciais, nos termos do acórdão de 8 de maio de 2013¹².

Referido julgamento realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, posteriormente aplaudido no julgamento do Superior Tribunal de Justiça, foi unânime e em conformidade com o voto proferido pelo desembargador relator Ramon Mateo Junior, que, ao final, condenou a Bauducco nos seguintes termos:

Ante o exposto, DÁ-SE PROVIMENTO ao apelo para julgar a Ação Civil Pública procedente, condenando-se a apelada a 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, que deve ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, caso haja descumprimento do preceito novamente.

A apelada também fica condenada a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, mediante o recolhimento da quantia de R\$ 300.000,00, bastante inferior ao faturamento que obteve com a campanha publicitária. (grifos inseridos)

Dito isso, é de se concluir que esse foi o primeiro caso a chegar ao Superior Tribunal de Justiça, de muitos outros que lá devem aterrissar após semelhante lapso temporal nas primeiras e segundas instâncias do país, também provocados pelo Projeto Criança e Consumo ao longo desta última década de atuação, bem como por iniciativas outras decorrentes da amplificação dessa discussão legal por toda a sociedade e especialmente pelos órgãos do Poder Judiciário.

Vale observar que a primada atuação do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana ao longo da tramitação da referida ação foi bastante reconhecida e, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, fundou-se no fato de o Instituto Alana ter requerido seu ingresso na qualidade de *amicus curiae* nos autos do recurso especial interposto pela Pandurata Alimentos Ltda., o que foi deferido pelo ministro Humberto Martins em 8 de outubro de 2015¹³.

Também por isso, e por ter provocado o *Parquet* estadual acerca da questão, o Superior Tribunal de Justiça, no acórdão que decidiu o caso, finaliza com uma especial menção ao trabalho de *advocacy* do Instituto Alana:

Dessa forma, irretocável o acórdão da origem, ao vedar que os responsáveis por crianças sejam constrangidos a comprar determinados produtos que efetivamente não desejam. Sendo oportuno trazer à colação o opinativo do Subprocurador-Geral da República, *in verbis*: “*Daí surge a correta, e oportuna, participação do INSTITUTO ALANA, e do Ministério Público Estadual, em defesa dos direitos das crianças, buscando preservar, in casu, os valores que lhes são repassados por meio da comercialização dos produtos da recorrente, bem como dos reflexos causados na formação do caráter desses menores por ocasião da venda desses produtos*” (fl. 1.449, e-STJ).

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como penso. É como voto. (grifos inseridos)

A esse respeito, vale dizer que, ao longo da última década, o Projeto Criança e Consumo¹⁴ – principal foco de atuação da área de *Advocacy* do Instituto Alana – tem liderado uma potente campanha contra o direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica ao público infantil, a qual não se resume a fomentar a discussão acerca do tema, mas, também, a agir junto às esferas dos poderes da República, inclusive perante o Poder Judiciário.

Daí porque, há 10 anos, faz parte da atuação do Projeto Criança e Consumo o recebimento¹⁵ de denúncias feitas pela população acerca de publicidades ou comunicações mercadológicas consideradas abusivas, bem como o posterior encaminhamento¹⁶ de tais denúncias, com a devida e qualificada fundamentação, aos órgãos competentes para fiscalizar e punir eventuais abusos, tais como Senacon/MJ – Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, Ministérios Públicos estaduais e federal, Procons estaduais e municipais e defensorias públicas.

O trabalho do Criança e Consumo teve amplo apoio popular e de órgãos responsáveis pela fiscalização e punição de abusos na atividade publicitária

Durante todos esses anos, é imperioso observar, o trabalho do Criança e Consumo teve amplo apoio popular e de órgãos responsáveis pela fiscalização e punição de abusos na atividade publicitária. Todo esse apoio resultou em ação e movimento, na medida em que o tema do direcionamento da publicidade a crianças passou a fazer parte da agenda nacional e ganhou as mentes e corações de muitos. Hoje são diversas análises realizadas na academia, por meio de trabalhos de pós-graduação e mesmo graduação, artigos em periódicos, manifestações governamentais, políticas e legislativas em torno de um assunto que chegou, em 2014, a ser tema de redação do maior exame de ingresso nas faculdades do país, o Exame Nacional do Ensino Médio – Enem.

Por maiores que sejam as discussões e opiniões a respeito, é certo que a referida decisão, de alguma forma, traduz um anseio social e um quase consenso existente em torno do tema, na sociedade brasileira, de que a criança precisa ser protegida da publicidade infantil, que lhe tem sido dirigida. Isso porque a criança tem a sua capacidade crítica e de abstração

do pensamento formada por volta dos 12 anos de idade; mistura fantasia com realidade até por volta dos 8 anos; atua no concreto; enxerga o mundo de forma lúdica e é heterônoma.

Pesquisas apontam que até por volta dos 6-8 anos a criança não possui habilidades para distinguir a publicidade do conteúdo de entretenimento e até os 8-12 anos não entende o caráter persuasivo da publicidade. Seria somente a partir dos 12 anos de idade que todas as crianças teriam, então, tal capacidade de compreensão do caráter persuasivo da publicidade¹⁷.

Da mesma forma entende o Conselho Federal de Psicologia do país, o qual, no ano de 2008, apresentou seu posicionamento público acerca da questão em parecer¹⁸ sobre o Projeto de Lei 5.921/01 – o qual, pasmem, depois de 15 anos ainda tramita perante a Câmara dos Deputados sem qualquer expectativa temporal quanto à sua aprovação ou não –, elaborado pelo professor Yves de La Taille:

Se a criança coloca-se numa posição de heteronomia, é porque, por um lado, ela está iniciando-se às regras, aos valores e aos conhecimentos do mundo em que vive e, para tanto, seguir “guias” torna-se tão natural quanto necessário; por outro, porque sua capacidade cognitiva ainda não lhe permite estabelecer relações de reciprocidade, as quais são necessárias à autonomia.

As autonomias intelectual e moral são construídas paulatinamente. É preciso esperar, em média, os doze anos de idade para que o indivíduo possua um repertório cognitivo capaz de liberá-lo, tanto do ponto de vista cognitivo quanto do moral, da forte referência a fontes exteriores de prestígio e autoridade.

Decorre do que foi rapidamente lembrado que, se interpretarmos “resistência mental” como a capacidade de passar 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 lhe mostram é realmente como é e que aquilo que lhe dizem ser sensacional, necessário, de valor, de fato possui essas qualidades.

[...]

Voltando ao tema da publicidade infantil, decorre do que acabamos de ver que os anúncios podem, de fato, despertar vontades, porque incidem sobre a relativa inconstância dos quereres infantis. Como dito, é mais fácil despertar vontades em quem ainda não se fixou sobre quereres do que em pessoas que já possuem metas definidas. Logo, a resistência afetiva aos apelos publicitários corre o risco de ser fraca e, assim, de os anunciantes terem êxito em seduzir a criança a querer algo que, minutos antes de ver o anúncio publicitário, ela nem sabia que existia e, portanto, não desejava. Tanto é verdade que, não raro, veem-se crianças, num primeiro momento, encantadas em receber o objeto cobiçado desde o momento em que o conheceram por meio de um anúncio e, num segundo (às vezes poucas horas depois), desinteressarem-se completamente. (grifos inseridos)

Recente pesquisa realizada pela Universidade Federal do Ceará divulgada pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça – Senacon/MJ¹⁹ juntamente com a Unesco, sobre a percepção que as crianças brasileiras têm acerca da publicidade em tempos de convergência digital, também aponta isso, ressaltando que crianças, a partir de 9 anos de idade, que já conseguem identificar a publicidade no intervalo comercial da televisão, muitas vezes não o fazem em mídias menos tradicionais, como na internet ou nos *advergames*:

Considerando esse conjunto de questões desafiadoras para o entendimento infantil, destacamos alguns resultados mais expressivos sobre o processo de compreensão das crianças, na faixa de 9 a 11 anos, obtidos nos grupos focais, realizados em todo o país.

Crianças, nessa faixa etária, são capazes de identificar que uma mensagem publicitária, apresentada em formatos mais convencionais, como os comerciais de 30 segundos na televisão, e/ou com abordagem de venda explícita – referências a preços, local de venda e/ou liquidações – é uma publicidade, no sentido de um discurso de venda. A publicidade, para a maioria delas, é vista como um discurso de caráter informativo sobre um produto, ou seja, ela “informa”, “mostra”, “indica”, “avisa” sobre o artigo à venda e suas características.

Algumas crianças demonstram ir além dessa leitura e ter desenvolvido algum entendimento acerca da natureza persuasiva do discurso

publicitário, qualificando-o como um discurso voltado para “induzir”, “convencer”, “fazer comprar”.

As diferentes leituras são reveladoras de distintos níveis de entendimento dos processos comunicacionais pelas crianças salientado em estudos anteriores.

Em seus depoimentos, elas sinalizaram recorrer a distintos marcadores para identificá-la, tais como: a localização no conjunto da programação ou na tela; a existência de um produto à venda/um lançamento; a menção à liquidação e/ou ao preço dos produtos; [...].

Como disse Solange Jobim e Souza²⁰, “lamentavelmente, o que temos observado é que as crianças são presas fáceis da publicidade. Embora possam estabelecer um diálogo próprio com as coisas do mundo, a massificação publicitária condiciona seu desejo”.

De fato, o maior acerto da decisão do Superior Tribunal de Justiça está na admissão dessa hipervulnerabilidade infantil – tão alardeada e comprovada pelas pesquisas e pelos especialistas em infância e em desenvolvimento infantil – perante essa relação de consumo que se estabelece quando o fornecedor faz uso da publicidade ou da comunicação mercadológica anunciando seus produtos ou serviços a um público com menos de 12 anos de idade, na maioria das vezes, com a tripla intenção de cativar o consumidor mirim do presente, o consumidor adolescente ou adulto do futuro e o maior propagador das mensagens comerciais dentro da família, a criança promotora de vendas que tem um poder de influência nas compras da família que chega a 80% em alguns casos²¹.

Essa hipervulnerabilidade torna-se ainda mais expressiva quando a relação de consumo diz respeito a publicidades ou comunicações mercadológicas que anunciam produtos alimentícios ou bebidas de baixo valor nutricional, como é o caso em análise, cujo consumo em excesso e com habitualidade acarreta sobrepeso e até obesidade infantil, a qual, a seu turno, é a porta de entrada das doenças crônicas não transmissíveis, maior causa de mortalidade no país. É a publicidade sendo uma das partes responsáveis por um problema grave de saúde pública no país: o Brasil já conta com 15% de crianças obesas e 30% de crianças com sobrepeso²².

O artigo “A publicidade de alimentos dirigida a crianças e a saúde das futuras gerações”²³ bem lembra o seguinte:

Há evidências de que a comercialização de alimentos e bebidas não alcoólicas influencia conhecimentos, atitudes, crenças e preferências, ainda mais do público infante-juvenil. As indústrias alimentícias competem para a venda de produtos com campanhas publicitárias para a divulgação de produtos com elevada densidade energética, para a produção de novos produtos, de porções maiores e de produtos que alardeiam serem benéficos para a saúde. Embora sejam potencialmente causadores de obesidade, esses alimentos aparecem nas mensagens publicitárias atrelados à saúde, à beleza, ao bem-estar, à juventude, à energia e ao prazer e a conceitos de ascensão social, de pertencimento e de diversão.

Não por outra razão que a comunidade internacional já se pronunciou sobre o tema, recomendando fortemente que os países adotem regulações mais rigorosas e mesmo proibam por completo o direcionamento a crianças de publicidade de produtos alimentícios com excesso de sódio, açúcar e gorduras e de bebidas de baixo valor nutricional.

Nesse sentido, a Organização Pan-Americana de Saúde, em seu documento “Recomendações da Consulta de Especialistas da Organização Pan-Americana da Saúde sobre a Promoção e a Publicidade de Alimentos e Bebidas Não Alcoólicas para Crianças nas Américas”²⁴, recomenda aos Estados das Américas:

Recomendação 2

O objetivo das políticas deverá ser reduzir a exposição das crianças à promoção e à publicidade de alimentos ricos em gordura, açúcar ou sal de forma a proteger e promover a saúde infantil. A meta definitiva é reduzir o risco à saúde infantil causado pelo marketing de alimentos.

Fundamento lógico

Esta recomendação está de acordo com o Conjunto de Recomendações da OMS.

Mais recentemente, nota técnica da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça – Senacon/MJ²⁵ tratou da publicidade voltada ao público infantil nos espaços escolares e também de produtos alimentícios, ressaltando que

a publicidade de alimentos, especialmente daqueles com baixo valor nutricional e/ou acompanhados de brindes (ou com promoções que demandem a aquisição de muitos produtos para a obtenção de brinde ou de coleção de produtos) deve ser considerada especialmente abusiva, por violar também o direito à saúde da criança e estimulá-las a adotar comportamento de consumo que coloque em risco a sua saúde e segurança, nos exatos termos exemplificados no artigo 37, § 2º.

E concluindo:

Diante de todo o exposto conclui-se que é fundamental que a publicidade dirigida às crianças seja abolida dos ambientes escolares, tendo em vista a vedação legal que se depreende dos artigos 37, § 2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, o que deve ser objeto de atuação dos órgãos de defesa do consumidor.

Ao mesmo tempo, em atenção desses mesmos dispositivos legais, para a plena proteção dos direitos das crianças consumidoras, a oferta e publicidade de produtos alimentícios cujas características e composição possam representar risco à saúde desse público, seja a partir de seu consumo excessivo ou pela presença constante em seus hábitos alimentares, como é o caso dos alimentos ultraprocessados, as bebidas de baixo valor nutricional e alimentos com elevadas taxas de gorduras, óleos, açúcar, aproveitando-se da ignorância, da deficiência de julgamento, da falta de experiência e da hipossuficiência das crianças devem ser objeto de controle e atuação dos órgãos de defesa do consumidor.

Sobre a questão da imperiosa atuação do Estado na fiscalização, punição e coibição da publicidade que se dirige às crianças com o intuito de convencê-las ao consumo de produtos alimentícios ultraprocessados, João Lopes Guimarães Junior²⁶ bem sustenta tal legitimidade também pelo seguinte fundamento:

O filósofo inglês John Stuart Mill (1806-73) estabeleceu um dos princípios que fundamentam o liberalismo, inclusive a liberdade de expressão. O princípio do dano fixa condição para que a interferência estatal sobre a liberdade humana seja aceitável na conhecida fórmula:

“O único propósito pelo qual pode ser exercido com pleno direito o poder sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a vontade deste, é o de prevenir o dano a outros”. A imposição de restrições às empresas na veiculação de publicidade que pode estimular hábitos alimentares não saudáveis legitima-se, segundo essa lógica, na prevenção de danos às crianças. Além disso, se por lei as crianças “são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil” (Código Civil), elas não deveriam ser alvo de indução ao consumo por meio de estratégias que se aproveitem de sua deficiência de julgamento e experiência, proibidas pelo Código do Consumidor.

De fato, se as crianças não conseguem distinguir entre publicidade e conteúdo de entretenimento quando muito novas e, mesmo já maiores, quando conseguem fazer tal distinção, ainda não são plenamente capazes, por conta do estágio peculiar de desenvolvimento em que se encontram, de compreender a estratégia persuasiva das mensagens publicitárias e comerciais, certo é que estas estão valendo-se daquilo que o legislador consumerista chamou de “deficiência de julgamento e experiência”.

Por isso, é de considerar-se que, legalmente, toda e qualquer publicidade voltada ao público com menos de 12 anos de idade, no país, já estaria eivada de nulidade na origem. É também dessa forma como pensa Vidal Serrano Nunes Junior²⁷:

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. (grifos inseridos)

Para além do disposto do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, é de se ressaltar que tal entendimento resulta de uma interpretação sistemática que envolve também o preceito constitucional previsto no artigo 227, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Referido dispositivo apresenta uma série de conceitos importantes para a presente reflexão na medida em que preceitua a responsabilidade compartilhada entre família, sociedade e Estado no cuidado e proteção das crianças, especialmente no tocante à consecução dos seus direitos humanos fundamentais previstos tanto nesse citado dispositivo quanto no próprio artigo 5º da Constituição Federal.

O art. 227 também apresenta o conceito de absoluta prioridade para os entes mencionados – crianças, adolescentes e jovens –, chamando a atenção, dessa forma, para o fato de que em toda a carta magna é tão somente nesse dispositivo que há a previsão de tal garantia. Ou seja, o legislador constitucional ouviu a voz da sociedade e na chamada constituição cidadã, emergida de um período pós-ditatorial, escolheu sermos uma nação que coloca a criança em primeiro lugar.

Marcelo Sodré²⁸, a esse respeito, elucida:

A Constituição Federal, quando se refere à proteção da criança, utiliza uma forte expressão: *com absoluta prioridade* (artigo 227, *caput*). Esta, escrita na Constituição de forma explícita, fixa uma regra clara: a proteção da criança é prioridade e impõe-se diante de outros direitos previstos na própria Constituição. Não se trata aqui de um princípio sujeito à composição com outros princípios constitucionais, mas de regra constitucional vinculante. Não existe necessidade de pensar em como trabalhar, no caso concreto, a ponderação entre os dois princípios, mas de antepor um princípio (liberdade de expressão) a uma

regra constitucional expressa (proteção da criança). Não existe choque entre princípio e regra, devendo ser aplicada a regra constitucional vinculante: a proteção da criança tem prioridade absoluta. Não é necessário ponderar. Porém, mesmo àqueles que defendem tratar-se de dois princípios – liberdade de expressão e proteção da criança –, a própria legislação oferece o instrumento da ponderação: a absoluta prioridade da criança.

Daí a enorme importância do posicionamento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no âmbito de toda essa discussão, que perpassa o Poder Judiciário, mas também o Poder Executivo – com suas decisões de cunho administrativo –, o Poder Legislativo – que abarca mais de uma centena de projetos legislativos sobre o tema, todos com o objetivo de fortalecer a legislação vigente, de modo a torná-la mais expressamente restritiva –, e ainda a sociedade, as famílias e os indivíduos.

É um tema atual, que carrega no seu bojo algumas discussões de fundo muito mais amplas e profundas, tais como a razão de ser e os limites do sistema capitalista que se convencionou como a única possibilidade na imensa maioria dos países ocidentais e os quereres das pessoas para seus entes queridos e para sua própria vida.

Sobre o tema, Ladislau Dowbor²⁹ afirma que “o consumismo infantil, portanto, não constitui um sistema à parte; as crianças estão inseridas no sistema adulto e no sistema econômico em geral”, concordando que “é claro que é covarde o assédio comercial dirigido a crianças, que têm menos defesas”, mas olhando para o sistema macro traz uma esperança de que determinadas mudanças possam melhorar não só a vida das crianças, mas de todos os habitantes do planeta:

A realidade é que enfrentamos, nessa reorientação dos rumos do planeta, interesses cristalizados que reproduzem o imobilismo e a impotência institucional. Quando o próprio Fórum Econômico Mundial em Davos apresentou o dramático relatório da Oxfam sobre a desigualdade ou quando os sucessivos G20 e G8 colocam em pauta o controle dos paraísos fiscais, mas nada acontece, temos um problema de governança, o chamado *governance gap*, que nos leva a assistir de camarote, no luxo de inúmeros estudos das próprias Nações Unidas, à catástrofe em câmera lenta. De certa maneira, não é apenas a forma

como tratamos as crianças hoje que está em questão, mas o mundo que lhe deixamos.

Nesse sentido, precisamos apresentar às crianças o mundo realmente existente, inclusive as dificuldades que temos, como adultos e instituições, de enfrentar as dinâmicas críticas. Se considerarmos que 97% dos domicílios têm televisão e que as crianças assistem a ela mais de duas horas por dia, não seria o caso de as grandes redes, que constituem concessões públicas, informarem e formarem a visão de sustentabilidade em vez de aprofundar os dramas pela publicidade e pelo conteúdo dos programas?

Muitas pessoas estão se conscientizando, inclusive porque os desafios avolumam-se. Muita gente está lutando pelas indispensáveis mudanças institucionais. Nosso papel, aproveitando o debate sobre o consumo infantil, é dar à nova geração instrumentos não só para se proteger da invasão consumista, mas para assumir um papel crescente a fim de agarrar o bastão nesse revezamento entre gerações. Esperanças há, mas a janela do tempo está se fechando rapidamente.

Nenhuma decisão judicial ou legislação, por mais rigorosas que venham a ser, no âmbito do direcionamento da publicidade às crianças, com efeito, terá o condão de alijar os pequenos do mundo do consumo ou da sociedade capitalista em que estamos todos inseridos. Nem é essa a intenção, colocar as crianças em alguma bolha que se supusesse protetiva. Ao revés, o que se almeja é permitir que a criança vivencie cada fase do seu desenvolvimento de forma plena, sem o assédio consumista precoce, a fim de que ganhe robustez antes de se ver diante de apelos tão sedutores e irresistíveis, para que, com a devida maturidade, tenha, então, liberdade para fazer suas próprias escolhas, da maneira que lhe convir, também com o devido conhecimento sobre as necessidades do planeta.

A ideia é que uma infância livre dos apelos publicitários – hoje quase onipresentes na vida das crianças –, em que sua dignidade humana seja inteiramente respeitada e protegida, tal qual todos os seus direitos humanos fundamentais, possibilite o crescimento e o desenvolvimento das crianças na sua plenitude. Que no futuro ao serem perguntadas do que mais gostam, se brincar ou comprar, não tenham dúvidas e elejam o brincar como a principal e mais almejada atividade de sua vida. Que o consumo deixe de mediar as relações afetivas dos pequenos, os quais estão ainda em formação

de seus valores, moral e ética. Que para ser não precisem ter. Que não queiram parecer, mas sejam.

Acerca dessas questões, Ana Olmos³⁰ presenteia-nos com sua profunda reflexão:

“Quando é educada para o consumo, a criança constrói valores a partir de modelos que lhe são apresentados como ideais, nesse caso, por uma sociedade que valoriza quem tem poder de compra e exclui quem não tem acesso aos bens de consumo.

[...]

Quanto mais intenso o bombardeio de estímulos pelos meios, mais massiva a adesão e a indução do jovem à necessidade de consumir, partindo do papel central que a mídia exerce ao pressionar todos, desde pequenos, a comprar, comprar e comprar.

[...]

Tudo isso tem consequências profundas. O mercado não é somente algo externo ao jovem, algo que atua de fora para dentro. Ele é uma representação no mundo mental das crianças e adolescentes que foram conquistados emocionalmente para as exigências das diversas ‘utopias de adequação’, pois é preciso identificar-se com um grupo.

A busca por um ideal inalcançável (corpo perfeito, capacidades ilimitadas, acesso aos bens de consumo etc.) ancora-se na sensação de vazio, de inadequação, de vergonha de si. O objeto da vergonha varia, mas o sentimento é o mesmo.

[...]

A experiência de não estar adequado é vivida no espaço simbólico. Por isso é tão devastador o ataque à imagem que ele tem de si mesmo e tão violenta a pressão contra si próprio.

É nesse ponto que o mercado aborda crianças e adolescentes por meio da publicidade, oferecendo ao jovem consumidor o produto certo para tal adequação e alívio de angústia, atendendo às minorias portadoras de poder aquisitivo. Grifes confundem-se com identidades na tentativa de lidar, amainar ou eliminar a vergonha de si. Objetos adquirem características humanas e declaram quem é aquele jovem que os possui. O consumo acena com o preenchimento dos desejos, das ausências e dos vazios, da sensação de desamparo.”

Por tudo isso, exaltamos o absoluto acerto do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, que acena com uma luz no fim do túnel a mostrar a possibilidade de um real e vitorioso enfrentamento dessa prática tão perniciosa para a construção das bases sobre as quais se firma o condutor social. Especialmente para a parcela da sociedade que vive na miséria e com pouco ou quase nenhum acesso à saúde, educação, cultura, entretenimento, esporte, alimentação, lazer e proteção contra todo o tipo de violência e opressão, fatores determinantes para fazerem o contraponto ao vazio causado e fomentado pela publicidade que fala com pessoas que estão em peculiar fase de desenvolvimento biológico, físico, mental e psíquico.

É, com efeito, histórico e paradigmático.

Notas

1. Isabella Henriques. Advogada, Mestre em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, autora do livro ‘Publicidade Abusiva Dirigida à Criança’ pela Editora Juruá, coordenadora do livro ‘Publicidade de Alimentos e Crianças – Regulação no Brasil e no Mundo’ pela Editora Saraiva, e autora de diversos artigos sobre temas relacionados a consumo, comunicação, direito e infância. É diretora de *Advocacy* do Instituto Alana e coordenadora do Projeto Criança e Consumo www.criancaconsumo.org.br.
2. O inteiro teor do acórdão pode ser encontrado no link <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/6.-Ac%C3%B3rd%C3%A3o-do-RESP.pdf> (visualizado em junho/2016)
3. “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; (...)”
4. <https://ww2.stj.jus.br/comuns/out/htmltopdf/?aplicacao=faq.pdf&arquivoNome=faqInteiro&prmt0=faq.ea&prmt1=pesquisaporassunto&prmt2=76&prmt3=&prmt4=&prmt5=0&prmt6=0&prmt7=FALSE> (visualizado em junho/2016)
5. Parte do julgamento pode ser ouvido no áudio que está reproduzido em: <http://criancaconsumo.org.br/acoes/pandurata-alimentos-bauducco-promocao-gulosos-shrek/> (visualizado em junho/2016)
6. Na ocasião, representando o Instituto Alana, na qualidade de *Amicus Curiae*, Dra. Daniela Teixeira realizou brilhante sustentação oral perante a Corte.
7. Dissertação de mestrado intitulada ‘A publicidade abusiva em face da deficiência de julgamento e experiência da criança’, de autoria de Isabella Vieira Machado Henriques, orientada pelo professor Sérgio Seiji Shimura, São Paulo, ano 2005, que pode ser acessada na íntegra na Biblioteca da PUC/SP pelo *link*: <http://aleph50018>.

- pucsp.br/F/DDVQL2SX5EI8D46G2QKS2JIH5CRLUPEFK3MQX9Q7GSMTYS37XG-60579?func=full-set-set&set_number=347314&set_entry=000006&format=999 (visualizado em junho/2016)
8. <http://criancaconsumo.org.br/> (visualizado em junho/2016)
 9. http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Representa%C3%A7%C3%A3o_Gulosos_Shrek.pdf (visualizado em junho/2016)
 10. A qual pode ser lida pelo link: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/ACP_Bauducco.pdf (visualizado em junho/2016)
 11. A sentença pode ser encontrada em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/decisao_ACP.pdf (visualizado em junho/2016)
 12. O acórdão pode ser visto em <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-Pandurata.pdf> (visualizado em junho/2016)
 13. Conforme decisão: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2007/07/3.-Adminiss%C3%A3o-do-Alana-como-Amicus.pdf> (visualizado em junho/2016)
 14. www.criancaconsumo.org.br/ (visualizado em junho/2016)
 15. <http://criancaconsumo.org.br/denuncie/> (visualizado em junho/2016)
 16. <http://criancaconsumo.org.br/acoes-juridicas/> (visualizado em junho/2016)
 17. http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/59-Children-and-Television-Advertising_0.pdf [A critical study of international research concerning the effects of TV-commercials on children Report 1994/95:8 BY ERLING BJURSTRÖM: Children and Television Advertising] (visualizado em junho/2016)
 18. <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Contribui%C3%A7%C3%A3o-da-Psicologia-para-o-fim-da-publicidade.pdf> (visualizado em junho/2016)
 19. http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf (visualizado em junho/2016)
 20. No artigo intitulado 'Por uma crítica dos modos de subjetivação na cultura do consumo: crianças e adultos em ação', p. 200, do livro Criança e Consumo – 10 anos de transformação, organizado por Lais Fontenelle, editado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, 2016, disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf (visualizado em junho/2016)
 21. https://www.youtube.com/watch?v=qexGl_8vvyo (visualizado em junho/2016)
 22. <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45419.pdf> (visualizado em junho/2016)
 23. De autoria de José Augusto Taddei, Maysa Toloni e Giovana Longo Silva, publicado no livro Criança e Consumo – 10 anos de transformação, organizado por Lais Fontenelle, p. 172, editado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, 2016, disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf (visualizado em junho / 2016)
 24. http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_view&Itemid=270&gid=17262&lang=pt (visualizado em junho / 2016)
 25. <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf> (visualizado em junho/2016)

26. No artigo “O Estado de bem-estar social e a regulamentação da publicidade infantil”, p. 276, do livro *Criança e Consumo – 10 anos de transformação*, organizado por Lais Fontenelle, editado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, 2016, disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf (visualizado em junho/2016)
27. JUNIOR, Vidal Serrano. *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Coordenação Ives Gandra Martins e Francisco Rezek. São Paulo: Revista dos Tribunais: CEI – Centro de Extensão Universitária, 2008.
28. No artigo intitulado “Duas palavrinhas importantes: uma ausente, outra presente”, p. 298, do livro *Criança e Consumo – 10 anos de transformação*, organizado por Lais Fontenelle, editado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, 2016, disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf (visualizado em junho/2016)
29. No artigo intitulado “Reflexões atuais sobre cidades, família e escola: impactos na vida das crianças e do planeta”, p. 74, do livro *Criança e Consumo – 10 anos de transformação*, organizado por Lais Fontenelle, editado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, 2016, disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf (visualizado em junho/2016)
30. No artigo intitulado “Vergonha de si: violência invisível da publicidade infantil”, p. 164, do livro *Criança e Consumo – 10 anos de transformação*, organizado por Lais Fontenelle, editado pelo Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, 2016, disponível em: http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/CRIANCA_CONSUMO_10-ANOS-DE-TRANSFORMACAO.pdf (visualizado em junho/2016)

O MARKETING
PARA JOVENS PELA
INDÚSTRIA DO
TABACO
UMA ANÁLISE DA DECISÃO
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA BRASILEIRO

ADRIANA CARVALHO¹

Advogada e Coordenadora Jurídica da ACT – Promoção da Saúde

EXCERTOS

“A estratégia global da indústria do tabaco de promover seus produtos para os jovens está muito bem documentada e reconhecida em decisões judiciais internacionais”

“O Brasil ainda não possui legislação adequada de forma a cumprir este compromisso internacional que assumiu ao assinar e ratificar o tratado, pois a propaganda comercial de produtos de tabaco ainda é permitida no país por meio da exposição dos produtos nos locais de venda, e não há proibição legal ao marketing institucional, realizado pelas próprias empresas, ainda que sem referência direta às suas marcas”

“A publicidade de cigarros também é abusiva, pois faz apologia a um produto potencialmente perigoso com técnicas persuasivas para um público hipossuficiente, como crianças e adolescentes”

“A grande questão é que a violação a direitos do consumidor, assim como a direitos humanos e direitos da infância, está inserida na estratégia de negócio da indústria do tabaco”

“As finalidades da reparação do dano moral devem ocorrer simultaneamente, para a aplicação completa do sistema jurídico vigente”

1. Introdução

Este artigo tem o objetivo de analisar as decisões judiciais (sentença e acórdãos) proferidas nos autos da ação civil pública² proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios no ano de 2004, em face das empresas Souza Cruz S.A., Standart Ogilvy & Mather Ltda. e Conspiração Filmes Entretenimento S.A.

Pretende-se realizar esta análise no contexto da jurisprudência internacional existente, bem como do consenso científico e do ordenamento jurídico brasileiro aplicado ao controle do tabagismo, que infelizmente ainda são pouco referenciados pelo Poder Judiciário.

Dentre as decisões, dar-se-á destaque àquela proferida em maio de 2016, pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça do Brasil³, por ser este um tribunal superior, pelo ineditismo e pelo recente precedente gerado, ao reconhecer por unanimidade ser ilegal uma determinada campanha de cigarros da empresa Souza Cruz⁴ veiculada em caráter nacional, ao longo do ano de 2000, na televisão brasileira.

No comercial televisivo em questão, da marca Free, intitulada “Artista Plástico II”, há um monólogo com o seguinte texto:

Meu nome é Daniel Zanage. Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas. Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem um arranhão. Eu vou deixar a minha marca.⁵

O Poder Judiciário, neste caso, reconheceu em todas as instâncias a abusividade e enganosidade deste comercial, portanto a sua ilegalidade, com base na legislação consumerista brasileira, bem como o seu poder persuasivo capaz de influenciar crianças e adolescentes, pelo uso de imagens e sons com forte apelo e atratividade ao público infanto-juvenil.

A estratégia global da indústria do tabaco de promover seus produtos para os jovens está muito bem documentada e reconhecida em decisões judiciais internacionais. Fazendo uso de diferentes métodos desde a década de 1950, a indústria dirige propositalmente seus esforços de marketing para jovens com menos de 21 anos, a fim de recrutar “fumantes substitutos” para garantir a lucratividade e o seu

futuro, atraindo os jovens para seu mercado, visando substituir com esses novos fumantes aqueles que morriam ou deixavam de fumar.

Em 1999, o governo federal norte-americano promoveu ação contra nove fabricantes de cigarros e entidades a eles relacionadas, por conduta fraudulenta e ilegal por meio da *RICO – The Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (tradução livre: *Lei de Influência Mafiosa e Organizações Corruptas*), legislação que cuida de crime organizado, extorsão e organizações corruptas. Entre as empresas está a British American Tobacco – BAT, da qual a Souza Cruz é subsidiária.

Neste processo, em agosto de 2006, a juíza norte-americana Gladys Kessler proferiu uma sentença com quase 1.700 páginas⁶, concluindo que os réus são responsáveis por violação ao RICO, por atuarem em conjunto e coordenadamente para, de forma fraudulenta, omitir os riscos de saúde associados ao tabagismo e fazer marketing de seus produtos para crianças, em um massivo esquema de 50 anos, em nível global, para enganar a opinião pública, governo, comunidade de saúde e consumidores, e que há razoável probabilidade que os réus continuem a violar o RICO no futuro.

A sentença reconheceu que a indústria do tabaco está por trás da epidemia tabagista, e revela de forma contundente as provas das estratégias de uma indústria pautada pela falta de ética e pela ausência de compromisso com a vida e a saúde de fumantes e não fumantes, indústria que mentiu, omitiu, enganou e, de forma conspiratória, fraudou os Estados Unidos e o mundo.

O tabagismo é considerado pela Organização Mundial da Saúde como a principal causa de morte evitável no mundo, responsável por cerca de 6 milhões de óbitos anuais⁷. A partir do reconhecimento da importância de se adotar medidas de controle do tabaco, a fim de conter a expansão da epidemia do tabagismo, foi desenvolvido o primeiro tratado internacional de saúde pública, a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco⁸. Até o momento, 180 países já o assinaram e ratificaram, inclusive o Brasil⁹, por meio do Decreto 5.658/2006.

Entre as diversas afirmações contidas no tratado, encontra-se no preâmbulo o reconhecimento de que

os cigarros e outros produtos contendo tabaco são elaborados de maneira sofisticada de modo a criar e a manter a dependência, que muitos de seus compostos e a fumaça que produzem são farmacologicamente ativos, tóxicos, mutagênicos, e cancerígenos, e que a dependência do tabaco é classificada separadamente como uma enfermidade pelas principais classificações internacionais de doenças.

De acordo com a literatura médica, sintetizada nas Diretrizes sobre Tabagismo elaboradas pela Associação Médica Brasileira em 2009, existem mais de 50 doenças relacionadas ao tabagismo, atingindo principalmente os aparelhos respiratório, cardiovascular, digestivo, neoplasias malignas, na gravidez e no feto e outras, como envelhecimento da pele, osteoporose e queda das defesas imunitárias.

Assim, o tabagismo é causa e agravante de diversas doenças, e também considerado em si mesmo como doença, incluído no grupo dos transtornos mentais e de comportamento decorrentes do uso de substância psicoativa, segundo a Décima Revisão de Classificação Internacional de Doenças (CID-10):

O tabagismo é uma doença multifatorial, em que o principal componente é a dependência da nicotina, que é química, pertencendo ao grupo das drogas. Por isso, a classificação do tabagismo como doença foi agregada às doenças neurocomportamentais.¹⁰

Assim, a publicidade ou qualquer forma de promoção de tabaco visa incentivar e promover o consumo de um produto notoriamente maléfico à saúde, em que não há a possibilidade do consumo seguro. Visa incrementar a sua comercialização, dentro de um plano de negócios altamente prejudicial à saúde pública, definidor para a epidemia do tabagismo. Por esta razão, o artigo 13¹¹ da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco preconiza a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio de produtos de tabaco, e consta no preâmbulo do tratado que as partes estão “seriamente preocupadas com o impacto de todos os tipos de publicidade, promoção e patrocínio destinados a estimular o uso de produtos de tabaco”.

O Brasil ainda não possui legislação adequada de forma a cumprir este compromisso internacional que assumiu ao assinar e ratificar o tratado, pois a propaganda comercial de produtos de tabaco ainda é permitida no país por meio da exposição dos produtos nos locais de venda, e não há proibição legal ao marketing institucional, realizado pelas próprias empresas, ainda que sem referência direta às suas marcas.

À época do comercial em referência, a legislação em vigor (artigo 3º da Lei 9.294/96¹²) permitia a propaganda comercial de cigarros e produtos afins nas emissoras de rádio e televisão entre 21 e 6 horas. Contudo, a propaganda comercial estava sujeita a princípios limitadores, como não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde (§ 1º, artigo 3º), bem como sujeita ao Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90¹³).

Dessa forma, o processo sob análise, em que o Poder Judiciário brasileiro reconhece a abusividade e enganosidade de uma publicidade de cigarros, não é um caso isolado, mas sim um pequeno exemplo do modelo de negócio adotado mundialmente pela indústria do tabaco, que coloca os lucros acima da saúde pública. A publicidade e o marketing para jovens são estratégias para ampliar e perpetuar a demanda pelos produtos de tabaco, de forma a expandir os negócios, aumentar o lucro e remunerar crescentemente os investidores.

Ademais, como será verificado adiante, toda publicidade de cigarros já veiculada sempre foi enganosa e abusiva, nos termos do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, uma vez que nunca retratou os reais efeitos do tabagismo. Ao contrário.

2. Da ação judicial

As decisões sob análise são oriundas de uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MP/DFT).

Em suma, o MP/DFT fundamentou a ação pelo uso de mensagens subliminares e técnicas usadas no filme do comercial “Artista Plástico II” que visavam atingir crianças e adolescentes, público que é hipossuficiente diante da propaganda veiculada, pela falta de discernimento. Alegou violação a direitos difusos¹⁴ pela ilicitude da

propaganda, sob os seguintes fatos: “a veiculação em horário proibido, abusividade da publicidade porque afronta valores éticos e sociais, da pessoa e da família, proveito em face da inexperiência da criança, violação à função social da publicidade, ao princípio da identificação da propaganda, ao Código de Autorregulamentação Publicitária e ao Código de Ética dos Publicitários”¹⁵.

A sentença¹⁶ (decisão de primeira instância), datada de março de 2006, julgou procedentes os pedidos formulados pelo MP/DFT para condenar as empresas a promover a veiculação de contrapropaganda elaborada pelo Ministério da Saúde, “às custas das rés solidariamente, nas mesmas emissoras, na mesma frequência, nos mesmos horários e pelo mesmo tempo que veicularam a publicidade Artista Plástico II”, e condenou as rés solidariamente ao pagamento de indenização pelos danos morais difusos ou coletivos decorrentes da propaganda no valor de R\$ 14 milhões, acrescidos de juros de mora e correção monetária.

As empresas recorreram ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, e em março de 2007 foi proferida a decisão (acórdão), pela Quarta Turma Cível, que excluiu da condenação a veiculação de contrapropaganda e reduziu o valor da condenação pelos danos morais difusos ou coletivos para R\$ 4 milhões.

Diante disso, o MP/DFT e as empresas recorreram ao Superior Tribunal de Justiça, onde o processo foi distribuído à Quarta Turma, sendo julgado em abril de 2016.

3. Da decisão da Quarta Turma do STJ

Os ministros da Quarta Turma do STJ concluíram que referida publicidade viola o direito à informação, que é um direito fundamental (relacionado à dignidade humana), e também um direito de cunho consumerista (relacionado ao direito de escolha consciente). O Código de Defesa do Consumidor, artigos 9º e 31º, garante ao consumidor o direito de ser informado, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da nocividade ou periculosidade do produto.

O STJ também concluiu que o comercial feriu o princípio da identificação da publicidade e revelou-se enganoso, pois induz “o

consumidor a erro porquanto se adotasse a conduta indicada pela publicidade, independente das consequências, teria condições de obter sucesso em sua vida”, em violação aos artigos 36 e 37 do CDC.

Pela violação ao artigo 36 do CDC, o STJ concluiu ser cabível a reparação dos danos morais coletivos, em razão da inexistência de uma mensagem clara, direta, que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica).

No ano da veiculação deste comercial, a propaganda comercial de cigarros era permitida nos meios de comunicação de massa, mas

O STJ concluiu que o comercial feriu o princípio da identificação da publicidade e revelou-se enganoso

a própria lei previa limitações, como foi reconhecido pelo STJ: “a publicidade deveria ser ajustada a princípios básicos, não podendo, portanto, ser dirigida a crianças ou adolescentes nem conter a informação ou sugestão de que o produto pudesse trazer bem-estar ou benefício à saúde dos seus consumidores”.

O laudo pericial produzido neste processo concluiu que “a verbalização utilizada na publicidade tem efeito especial junto a crianças e adolescentes, considerando as dificuldades próprias destas fases e a possibilidade de identificação com a linguagem e comportamento utilizado pelo protagonista”.

Com isso, a Quarta Turma manteve a condenação, prevista na sentença e no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, para determinar a reparação dos danos morais coletivos decorrentes de publicidade ilegal. Contudo, o valor da indenização arbitrada foi reduzido, para ficar em R\$ 1.000.000,00 (hum milhão de reais), mantendo-se a exclusão da divulgação de contrapropaganda determinada pelo TJ/DFT.

Ainda que o valor da indenização seja irrisório, o que será discutido adiante, trata-se de importante decisão judicial, posto que foi reconhecida por um tribunal superior a ilegalidade de uma propaganda comercial de cigarros, pela abusividade e enganosidade da mensagem transmitida.

3.1 A enganabilidade e abusividade inerentes à propaganda de cigarros

De fato, uma breve leitura do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro faz concluir que toda publicidade de cigarros já veiculada após a vigência do CDC sempre foi enganosa e abusiva e, portanto, ilegal, dado que nunca transmitiu informações adequadas, claras e completas sobre os reais efeitos do tabagismo e do tabagismo passivo. Ao contrário, sempre associou a imagem do cigarro a atividades esportivas, beleza, juventude, alegria, sucesso profissional, glamour, entre outras situações positivas que nada se assemelham aos malefícios causados pelo tabagismo. Slogans como *Um raro prazer*, *Um sucesso* ou *Para quem sabe o que quer*, parecem se referir a qualquer outro produto que não o cigarro, mas foram utilizados em publicidade de marcas de cigarro.

Vejamos a literalidade do artigo 37 do CDC:

Art. 37. *É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.*

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

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

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

Os anúncios de cigarros exploram atividades esportivas, a sociabilidade, reflexão sobre valores e atitudes, outros associam o produto à sofisticação, mas nunca atenderam os princípios da veracidade

e da transparência no tocante à informação do produto ofertado, que são preconizados no Código de Defesa do Consumidor¹⁷, e, antes dele, inseridos no princípio da boa-fé objetiva, existente no ordenamento jurídico brasileiro ao menos desde 1850¹⁸.

Nesse sentido é o entendimento de Lúcio Delfino:

A publicidade do cigarro nunca teve o condão informativo, mesmo porque se assim fosse, ninguém, em sua consciência, compraria o produto e, conseqüentemente, as indústrias do tabaco estariam fadadas à falência.

Esse tipo de publicidade sempre foi promovida com o objetivo de criar uma necessidade artificial de consumo, bem como manter uma ambientação constante do produto nocivo.

A motivação do consumidor é buscada mediante a aproximação de um determinado modo de ser e viver ao produto anunciado. Algumas pessoas, inconscientemente, acabam por acreditar que tais produtos têm relação com sua maneira de viver, ou ainda, torná-las mais fortes, eficientes e determinadas, em conformidade com os apelos utilizados na publicidade.¹⁹ [...]

A capacidade de indução ao erro das publicidades do tabaco é evidente; inexistem nelas qualquer aspecto informativo que permite ao consumidor fazer um juízo perfeito daquele produto. A única característica predominante é a persuasão, e isto por uma razão simples: a informação verídica sobre o cigarro não é economicamente viável.²⁰

Essa é também a percepção de Mônica Andreis e Fernanda Nunes Barbosa²¹:

A cada ano, bilhões de dólares ao ano são gastos em publicidade de produtos de tabaco, onde o fumo é associado a mensagens enganosas e ao mesmo tempo atraentes, especialmente ao público jovem. Utilizam-se elementos simbólicos em que se vende não o produto real, mas uma promessa de estilo de vida. Através de propaganda direta e indireta, o tabagismo é relacionado com sucesso profissional, sofisticação, independência, atração sexual,

desempenho atlético, heroísmo, aventura e autorrealização, temas caros aos jovens, que vivem na adolescência um período de transformação, busca de autoafirmação e autoconfiança.

A publicidade de cigarros também é abusiva, pois faz apologia a um produto potencialmente perigoso com técnicas persuasivas para um público hipossuficiente, como crianças e adolescentes. Nesse sentido, destacamos o entendimento de Lúcio Delfino²²:

O fato de a publicidade de cigarro fazer apologia de um produto o qual acarreta danos à saúde traduz seu caráter abusivo. O discurso utilizado em tais publicidades segue um contrassenso de associar o cigarro a atividades de lazer incomuns, esportes radicais, sucesso profissional, glamour, juventude, prazer e saúde. Associação essa que soa como uma justificativa para se utilizar o cigarro. As pessoas acabam iludidas, aderindo-se ao tabagismo e, posteriormente tornando-se dependentes do produto²³. [...]

O mesmo ocorre com crianças e adolescentes expostos a esse tipo de publicidade. Quando se fala em infância, logo vêm à mente termos como ingenuidade e simplicidade. A criança, logicamente, é mais propensa de ser induzida em erro, visto que possui deficiência de julgamento em razão das carências de informações e experiência. O adolescente, de igual forma, também está inclinado à persuasão. As mudanças corporais e psicológicas são características cientificamente constatadas na adolescência; a necessidade de auto-afirmar-se é enorme, e o cigarro funciona para eles, em virtude, principalmente dos efeitos negativos da publicidade veiculada há tempos na mídia como uma ponte milagrosa para a vida adulta.

Neste contexto em que há ausência de informação sobre o produto ofertado, e há também desinformação, ainda que se tenha algum conhecimento dos malefícios do tabagismo, diante do universo apresentado pela publicidade de cigarros, o consumidor fica confuso e perde o senso crítico e a capacidade de escolha fica prejudicada, notadamente nos mais jovens, o que afeta o exercício do livre arbítrio nesta relação de consumo.

Vale esclarecer que as advertências sanitárias inseridas nas embalagens de produtos de tabaco no Brasil e em muitos outros países são fruto de políticas adotadas pelos poderes públicos, e não uma liberalidade das empresas fabricantes de cigarros. Elas cumprem uma determinação legal. Esta medida está também prevista na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco (artigo 11). No Brasil, as advertências sanitárias foram introduzidas por determinação legal, que, aliás, é questionada judicialmente pela indústria do tabaco e suas entidades de classe²⁴.

3.2 A legislação aplicável à publicidade de cigarros

Os comprovados malefícios dos produtos de tabaco para a saúde pública e seus reflexos na sociedade brasileira fizeram com que a própria Constituição Federal brasileira, em seu artigo 220, § 4º, determinasse a restrição à sua propaganda comercial e o uso da advertência sobre os malefícios do seu consumo.

A Constituição Federal data de 1988, mas somente em 1996 é que este comando constitucional foi regulamentado, o que se deu pela Lei 9.294, especificamente pelo artigo 3º. Desde então, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, passou a ser restrita no Brasil.

Inicialmente, a restrição deu-se no horário de transmissão da propaganda nas emissoras de rádio e televisão, sendo somente permitida entre 21 e 6 horas. Referido artigo foi alterado no ano 2000, quando a propaganda passou a ser somente permitida na parte interna dos locais de venda, por meio de pôsteres, cartazes e painéis. Ficou banida, portanto, a propaganda nos meios de comunicação de massa.

Em 2005, o Brasil ratificou a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, que prevê no artigo 13 a proibição total de toda forma de promoção, patrocínio e publicidade de produtos de tabaco. Com este compromisso internacional assumido, o Brasil está obrigado a implementar políticas públicas para dar efetividade ao artigo 13.

Somente no ano de 2011, o artigo 3º da Lei 9.294/96 foi novamente alterado para estabelecer a proibição da propaganda comercial de

cigarros e outros produtos afins, mas permitir a exposição dos mesmos nos locais de vendas. Esta alteração somente obteve efetividade no ano de 2014, com o advento do respectivo regulamento. Como se observa, permanece no Brasil a proibição parcial da publicidade de cigarros, não cumprindo ainda o país, portanto, com o disposto no artigo 13 da convenção quadro.

4. Da prova pericial – marketing para jovens

A sentença proferida no processo em análise faz referência ao laudo da publicidade elaborado pelo Instituto de Criminalística do Distrito Federal²⁵,

que analisou as imagens e a transcrição do áudio, revelando silhueta de pessoa com cigarro, a imagem de mulher fumando, pessoas fumando carteira de cigarros e as mensagens escritas na propaganda.

As imagens revelam forte apelo e atratividade do público infanto-juvenil pela propaganda do cigarro, sem prejuízo de alcance do público em geral, mas o texto revela um contexto nítido de dedicação aos jovens. [...]

Portanto, outro laudo elaborado pelo IML do DF corrobora o do Instituto de Criminalística, revelando alucinação visual e visão periférica subliminarmente acrescido de um efeito osciloscópico, concluindo pela não opção de aceitação ou rejeição da mensagem ao ser passada para o consumidor.

A mesma sentença²⁶, ainda, transcreve a conclusão do laudo do Instituto Médico Legal – IML:

A observação criteriosa do conjunto e das partes da propaganda ora analisada indicou a utilização de técnica com o objetivo de transmitir mensagens, contendo estimulação subliminar que, somando ao tempo de exposição, distribuição cromática e espacial de escala, impossibilita uma leitura consciente por parte do receptor.

Nesses casos as inserções de imagens, palavras ou ideias não podem ser percebidas pelo consumidor em um nível normal de consciência, portanto, não lhe é dado a opção de aceitar ou rejeitar a mensagem. [...]

Ainda na análise dos documentos apresentados na fase inquisitiva (...) revelou que “o filme retrata a alma livre de um jovem artista, que escolhe viver sua aventura pessoal e acreditar naquilo que faz”. Tudo isso caracteriza um estímulo ou atração para que outros jovens sigam a mesma conduta e iniciem-se no vício da nicotina pelo consumo do cigarro objeto da propaganda.

Diante da prova produzida nos autos, a sentença conclui:

A publicidade de “Artista Plástico II” violou a proibição estabelecida no CODECON que estava em vigor à época da produção comercial, pois explorou a deficiência de experiências das crianças quanto à aceitação ou rejeição do produto fumífero objeto da publicidade, induzindo-os em erro, em face do contexto, circunstâncias e técnicas desenvolvidas no comercial [...].

Nesse sentido, as rés não lograram êxito na demonstração de que não visavam ao atingimento do público infante-juvenil [...].

Entretanto, o formato vídeo clip utilizado está nitidamente voltado para o público jovem tendo em vista que ao público adulto não se vincula a esse estilo, sendo necessário um atrativo de tons mais sóbrios.

Além disso, como se defluiu dos laudos do Instituto de Criminalística e do Instituto de Medicina Legal, a publicidade de tabaco é voltada especialmente para aqueles que ainda estão em formação, exaltando a ideia de sucesso e poder que é capaz de transmitir, valores que, notoriamente, atingem com muito mais probabilidade de sucesso o público jovem, pois o público adulto geralmente já tem maior discernimento e experiência para analisar e questionar essas ideias que lhe são passadas.

A abusividade da propaganda consiste, como demonstrado, na utilização das chamadas mensagens subliminares, que consistem no uso de imagens e sons que não podem ser conscientemente captadas pelo receptor. A conclusão do laudo do IML (...) é clara no sentido de que essas técnicas foram utilizadas.

O acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios segue a mesma linha:

Então, um jovem profissional na área artística (atinge milhares de aspirantes sonhadores com tal profissão elitizada) tem arrojo e personalidade forte a ponto de deixar sua marca na história, a despeito do que lhe custe ou custe para terceiros. Todo esse sucesso fica claro nas imagens da publicidade, ele consegue porque fuma cigarro Free ou porque artistas plásticos com esse sucesso, obviamente, fumam cigarros Free.

Não precisamos divagar muito para concluir que o texto e as imagens atingem a formação da personalidade de crianças, adolescentes e de jovens que estão passando por suas fases de crescimento com as mazelas típicas de suas idades.²⁷

A decisão também faz referência ao laudo pericial, para concluir:

Portanto, não restam dúvidas de que o teor da propaganda transmite conduta de um jovem com posturas inconsequentes e irresponsáveis perante a vida, o que, por certo, tem o poder de influenciar não só as pessoas de mesma faixa etária, mas que não tenham formação emocional e psicológica solidificadas, ou pior, atingindo crianças e adolescentes ainda com todas essas nuances comportamentais em evolução, os quais, certamente, necessitam de exemplos edificantes para sua formação, e não aquele transmitido pela propaganda, inclusive incitando-os ao hábito de fumar, visto que associa tal prática ao sucesso e ao bem-estar.²⁸

A publicidade em análise, portanto, viola direitos básicos do consumidor, previstos no artigo 6º do CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

- I – a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
- II – a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

III – a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV – a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

Referida publicidade viola ainda os artigos 9º, 31 e 36, todos do CDC:

Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

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

Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.

Diante da prova pericial produzida nesse processo, ficou evidente a violação a direitos do consumidor previstos no ordenamento jurídico brasileiro com a veiculação da publicidade “Artista Plástico II”, o que torna evidente também o dano moral coletivo causado e a necessidade da sua reparação.

A grande questão é que a violação a direitos do consumidor, assim como a direitos humanos e direitos da infância, está inserida na estratégia de negócio da indústria do tabaco. As violações identificadas, portanto, não se restringem à publicidade objeto da ação judicial em estudo.

5. O marketing para jovens como estratégia da indústria do tabaco

O Poder Judiciário, assim como os demais operadores do direito, deve estar atento à atuação histórica da indústria do tabaco, deletéria para a saúde pública, responsável pela epidemia do tabagismo, fato reconhecido na decisão judicial norte-americana proferida em 2006 pela juíza Gladys Kessler, já referida anteriormente.

Quanto ao marketing para jovens, a sentença conclui:

3296. As provas são claras e convincentes – e além de qualquer dúvida razoável – de que os Réus esforçavam-se por vender seus produtos para jovens com menos de 21 anos, enquanto, constante e desonestamente, negavam em público tais práticas.

3297. Em resposta à montanha de provas em contrariedade, os Réus alegam que todos os bilhões de dólares que gastam promovendo o marketing dos cigarros servem ao objetivo primordial de reter consumidores leais (“fidelidade à marca”) e ao objetivo secundário de incentivar os fumantes a trocar de marca.

3298. As atividades de marketing dos Réus visam atrair para o mercado novos fumantes, de preferência jovens e com longa perspectiva de vida, que possam substituir os consumidores que morrem (em grande parte por causa de doenças causadas pelo tabaco) ou param de fumar... Os Réus usaram de seus conhecimentos sobre o público jovem para criar campanhas de marketing altamente sofisticadas e atraentes, com o objetivo de seduzi-los para que começassem a fumar, assim tornando-se viciados em nicotina.

3301. Os Réus gastaram, todos os anos, bilhões de dólares com atividades de marketing, procurando incentivar pessoas jovens a experimentar e a continuar comprando seus cigarros, assim tornando-se os fumantes substitutos de que necessitam para sua sobrevivência. Os investimentos feitos pelos Réus em promoção e propaganda de cigarros aumentaram dramaticamente nas últimas décadas, em particular desde a assinatura do MSA.

3302. Mesmo em face dessas evidências, os Réus negaram, repetidas vezes e com grande pose de moralistas, ter dirigido ações de vendas e marketing para os jovens.

Pela natureza do produto tabaco, a publicidade de cigarros, que associa o produto a imagens que atraem o interesse de jovens, funciona como uma isca, pois, após a experimentação e persistência no uso de tabaco, instala-se a dependência à nicotina, dificultando a cessação:

Portanto, a partir das evidências científicas, não são mais cabíveis as expressões de que “fuma quem quer” e que os fumantes, mesmo prejudicando a si mesmo e aos outros (fumantes passivos), possam manter, em qualquer circunstâncias, seu “livre arbítrio” preservado, pois o fumante, como dependente químico que é, não tem domínio e nem racionalidade quanto à sua dependência. O indivíduo fumante continua fumando porque tem muita dificuldade de livrar-se da dependência à nicotina e, em muitas circunstâncias, não tem como vencer a verdadeira pressão interna que os receptores nicotínicos cerebrais exercem sobre o seu comportamento e a sua vontade.²⁹

Daí por que é fundamental a implementação do artigo 13 da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, pois não há razão para se permitir a promoção de um produto que causa tão forte dependência e comprovados malefícios à saúde. Para os jovens, a publicidade de cigarros tem um efeito ainda mais prejudicial:

Considerando a iniciação durante o período de infância e adolescência, o tabagismo é reconhecido pela OMS como uma *doença pediátrica*, que requer medidas preventivas e legislativas visando evitar o consumo entre crianças e adolescentes.

Por iniciarem em idade precoce e tornarem-se consumidores fiéis de seu produto, uma vez que rapidamente se instala a dependência nicotínica, os jovens têm sido alvo de intensas campanhas de marketing por parte das indústrias de tabaco. Documentos internos revelados demonstram claramente o interesse por este público:

“O adolescente de hoje é potencial cliente regular de amanhã, e a esmagadora maioria dos fumantes começam a fumar ainda na sua adolescência... Os padrões de tabagismo dos adolescentes são particularmente importantes para a Philip Morris”

“Eles representam o negócio de cigarros do amanhã. À medida que o grupo etário de 14 a 24 anos amadurece, ele se tornará a parte chave do volume total de cigarros, no mínimo pelos próximos 25 anos”

“Aumentar a incidência de tabagismo entre mulheres jovens servirá para manter a incidência de iniciação...”

Relatório da OMS realizado em 2000³⁰ afirma que a indústria do tabaco tem estudado e manipulado os jovens de modo deliberado e sistemático. Essa estratégia da indústria tem se mostrado muito efetiva, conforme revelam as estatísticas. Cerca de 90% dos fumantes começam a fumar na adolescência, e 2/3 tornam-se fumantes regulares antes dos 19 anos de idade^{31,32,33}.

6. A efetividade da condenação

Como já referido, em todas as instâncias houve a condenação das rés na reparação dos danos morais coletivos causados pelo comercial “Artista Plástico II”. Contudo, as penalidades decorrentes dessa condenação foram consideradamente reduzidas ao longo do processo.

A Quarta Turma do STJ reduziu significativamente o valor da indenização arbitrada nas instâncias inferiores. O valor estabelecido na sentença foi de R\$ 14 milhões, e no acórdão do Tribunal de Justiça reduzido a R\$ 4 milhões. O STJ, ainda, confirmou a decisão do TJ/DF para excluir da condenação o dever de contrapropaganda, previsto nos artigos 56, inciso XII, e 60 do CDC.

Assim, com a última decisão, a penalidade imposta às rés pelo dano moral coletivo será somente o pagamento de uma indenização no valor de R\$ 1 milhão, sendo que inicialmente era de R\$ 14 milhões, acrescido do dever de custear a contrapropaganda.

O valor estabelecido para a indenização é notoriamente irrisório, insuficiente para a efetiva prevenção e reparação de danos morais coletivos e difusos dos consumidores, e, portanto, para atender às finalidades da reparação.

As finalidades da reparação do dano moral devem ocorrer simultaneamente, para a aplicação completa do sistema jurídico vigente. Valverde³⁴ faz uma didática distinção entre essas finalidades:

A primeira finalidade da reparação do dano moral versa sobre a *função compensatória*, caracterizada como um meio de satisfação da vítima em razão da privação ou violação de seus direitos da personalidade. Neste caso, o sistema jurídico considera a repercussão do ato ilícito em relação à vítima.

A segunda finalidade refere-se ao *caráter punitivo*, em que o sistema jurídico responde ao agente causador do dano, sancionando-o com o dever de reparar a ofensa imaterial com parte de seu patrimônio. A terceira finalidade [...] relaciona-se ao *aspecto preventivo*, entendido como uma medida de desestímulo e intimidação do ofensor, mas com o inequívoco propósito de alcançar todos integrantes da coletividade, alertando-os e desestimulando-os da prática de semelhantes ilicitudes.

Considerando-se a capacidade econômica da empresa Souza Cruz, que, no ano de 2015, até o mês de setembro, atingiu o lucro operacional consolidado de R\$ 1,7 bilhão³⁵, e que o valor gasto na produção e veiculação da propaganda “Artista Plástico II” foi da ordem de US\$ 7 milhões de dólares, conforme apontado na sentença³⁶, é forçoso concluir pela insignificância do caráter punitivo da condenação.

Além disso, pela extensão do dano moral decorrente de publicidade ilegal, por ser abusiva e enganosa, e por ter sido divulgada em algumas oportunidades em horário não permitido pela lei, afetando toda a população brasileira, de forma a persuadir jovens ao consumo de substância comprovadamente nociva e que causa forte dependência como é o cigarro, fica evidente ser o valor arbitrado irrisório.

Além disso, lamenta-se a exclusão do dever de contrapropaganda previsto na sentença. A justificativa da Quarta Turma do STJ para tanto foi de que a divulgação se tornaria ilógica pelo advento da lei que proibiu a propaganda de cigarros: “em virtude do decurso do tempo e da mudança do marco legal a incidir sobre a matéria, revelando-se inoportuna a veiculação da contrapropaganda nesse momento processual”.

Ora, primeiramente não é verdadeira a afirmação de que a propaganda de produtos de tabaco está proibida no Brasil, pois, como já aduzido anteriormente, ainda é permitida a exposição de embalagens nos locais de venda. Ademais, o alegado decurso do tempo decorreu

da morosidade da própria Justiça e da atuação das empresas réis com a interposição de diversos recursos ao longo dos anos de tramitação do processo.

Diante da gravidade na divulgação de publicidade de cigarros, notadamente quando feita em violação da lei, jamais poderia ter sido afastado o dever de custeio da contrapropaganda pelas empresas réis, visando desfazer os malefícios sociais causados aos consumidores.

Além disso, a efetividade da condenação pode ser questionada diante da finalidade preventiva e educativa que se espera de uma reparação de danos morais. A decisão do STJ foi proferida mais de dez anos depois do ajuizamento da ação, que, por sua vez, ocorreu cerca de quatro anos após a veiculação do comercial, e a condenação foi sensivelmente reduzida, determinando o pagamento de uma quantia insignificante diante do poder econômico das empresas acionadas, notadamente a fabricante de cigarros. Assim, transmite-se à sociedade uma imagem de impunidade, posto que tardia a justiça, com pouca capacidade para desestimular e intimidar futuras práticas comerciais.

7. Conclusão

É inquestionável a vitória da sociedade civil com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, que manteve a condenação reconhecida pelas instâncias inferiores, de que “pela inexistência de uma mensagem clara, direta que pudesse conferir ao consumidor a sua identificação imediata (no momento da exposição) e facial (sem esforço ou capacitação técnica), reputa-se que a publicidade ora em debate, de fato, malferiu a redação do art. 36, do CDC e, portanto, cabível e devida reparação dos danos morais coletivos”.

Houve um ganho pelo reconhecimento da ilegalidade do comercial “Artista Plástico II”, o que está em consonância com a jurisprudência internacional existente sobre o tema, com o consenso científico e com o ordenamento jurídico brasileiro aplicado ao controle do tabagismo, o que inclui o Código de Defesa do Consumidor.

Sem dúvida é um grande passo, considerando também que a jurisprudência daquele tribunal superior, notadamente dessa mesma Quarta Turma, não tem aplicado o CDC para reconhecer a

responsabilidade civil de fabricantes de cigarros por danos causados pelo tabagismo a seus consumidores, em total descompasso com o que é aplicado a outros produtos, igualmente comercializados de forma lícita.

A efetividade da condenação, contudo, merece ser questionada pela sensível redução nas penalidades aplicadas às empresas, com a significativa redução do valor arbitrado para a reparação dos danos, e pelo afastamento do dever de contrapropaganda. Fica difícil imaginar que empresas, inclusive as réis, sintam-se inibidas a realizar no futuro práticas semelhantes, portanto em violação à lei, se, mesmo que condenadas judicialmente, sejam obrigadas à reparação com valores tão ínfimos, considerando-se sua capacidade econômica. Sem mencionar o longo decurso de tempo para o advento dessa condenação.

Certamente que os Poderes Legislativo e Executivo devem avançar nas políticas públicas para o integral cumprimento da Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, notadamente o artigo 13, para proibir totalmente qualquer forma de promoção do produto tabaco.

No entanto, mesmo com o avanço das políticas públicas, o Poder Judiciário não poderá jamais desconsiderar (i) a histórica atuação da indústria do tabaco, deletéria para a saúde pública, em absoluto prejuízo da sociedade e dos governos; (ii) o consenso científico; e (iii) a jurisprudência internacional, pois a indústria do tabaco é formada por empresas multinacionais que desenvolvem estratégias de marketing e de negócios semelhantes nos países em que comercializam seus produtos. Nesse sentido, o Judiciário deve analisar os casos sob sua jurisdição com uma visão ampliada da indústria do tabaco, valendo-se de informações notórias e disponíveis, por parte dos governos, da sociedade civil, academia e comunidade internacional.

Notas

1. Adriana Carvalho. Advogada e Coordenadora Jurídica da ACT – Promoção da Saúde.

A ACT Promoção da Saúde é uma organização não governamental focada em ações de advocacy e políticas públicas para o controle dos principais fatores de risco das doenças crônicas não transmissíveis. As atividades são exercidas através da atuação em rede nas quatro áreas-chave da organização: controle do tabagismo, controle do álcool, alimentação saudável e atividade física.

No controle do tabagismo, as ações da ACT seguem a Convenção Quadro para o Controle do Tabaco. A ACT monitora a jurisprudência de responsabilidade civil da indústria do tabaco e produz conhecimento por meio de materiais destinados a operadores do Direito, para fomentar o diálogo entre Direito e Saúde, e contribuir para decisões judiciais alinhadas com o consenso científico.

2. O processo tramita na Justiça Cível, sob o n. 2004.01.1.102028-0
<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil1?NXTPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNUPROC=20040111020280>
 A Lei 7.347/1985 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e qualquer outro interesse difuso ou coletivo. O Ministério Público é um dos membros com legitimidade reconhecida pela lei para propor este tipo de ação (artigo 5º). Para acesso à íntegra da lei: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm
3. Recurso Especial n. 1.101.949 – DF (2008/0255973-6). A íntegra da decisão pode ser acessada no link: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=61267717&num_registro=200802559736&data=20160530&tipo=5&formato=PDF
4. A Souza Cruz S.A. é uma empresa subsidiária da British American Tobacco – BAT.
5. Para acessar o vídeo da propaganda: <https://www.youtube.com/watch?v=IbtCny7Ovj8> Acessado em 20/07/2016.
6. Os principais capítulos da sentença foram compilados pelo Tobacco Control Legal Consortium – consórcio de escritórios de advocacia norte-americanos que fornece suporte jurídico para o controle do tabaco – e traduzidos para o português pela ACT.
 Link para acesso à versão na língua portuguesa: http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/176_sentencaKesslertraducao.pdf
7. WHO Report on the Global Tobacco Epidemic, The MPOWER Package, 2008.
8. Dentre outras medidas previstas na Convenção Quadro para o Controle do Tabaco, destacamos:
 - Aumento de preços e impostos para reduzir a demanda de tabaco (artigo 6 e Diretrizes)
 - Proteção contra a exposição à fumaça do tabaco (artigo 8, e Diretrizes)
 - Proibição do uso de aditivos nos produtos de tabaco (artigos 9 e 10, e Diretrizes)
 - Adoção de embalagens padronizadas
 - Eliminação de formas de comércio ilícito (artigo 15 e Protocolo)
 - Fomento à diversificação do plantio do fumo (artigos 17 e 18)
 - Responsabilidade civil da indústria do tabaco (artigo 19)
 As Diretrizes para implementação da CQCT são desenvolvidas por meio de um amplo processo intergovernamental de consulta estabelecido na Conferência das Partes (COP, sigla em inglês para Conference of the Parties), e são reconhecidas pelos países signatários como valiosos instrumentos para implementação da CQCT.

Até o momento, oito diretrizes foram adotadas pelas COPs, relativamente a nove artigos da CQCT: Artigos 5.3, 6, 8, 9 e 10, 11, 12, 13 e 14. O tema do combate ao mercado ilícito, previsto no artigo 15, é tratado de maneira mais específica no Protocolo para Eliminação do Mercado Ilegal de Produtos de Tabaco, instrumento legalmente vinculante.

9. <http://www.who.int/fctc/en/index.html>, consultado em 07/06/2011
10. In “Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário”.
11. “Artigo 13 – Publicidade, promoção e patrocínio do tabaco
 1. As Partes reconhecem que uma proibição total da publicidade, da promoção e do patrocínio reduzirá o consumo de produtos de tabaco.
 2. Cada Parte, em conformidade com sua Constituição ou seus princípios constitucionais, procederá a proibição total de toda forma de publicidade, promoção e patrocínio do tabaco. Essa proibição compreenderá, em conformidade com o entorno jurídico e os meios técnicos de que disponha a Parte em questão, uma proibição total da publicidade, da promoção e dos patrocínios além-fronteira, originados em seu território. (...)”
12. Esta lei dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumíferos, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da Constituição Federal:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. (...)”

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.”

Para acessar a íntegra da lei: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm
13. Para acesso à íntegra da lei: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm
14. Para a definição de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais no ordenamento jurídico brasileiro: Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

 - I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
 - II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
 - III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

15. Trecho do acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – página 32.
16. Para acesso à íntegra: <http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=142&CDNUPROC=20040111020280>
17. “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”
18. Artigo 131, 1, do Código Comercial brasileiro de 1850, revogado no ano de 2002: “Artigo 131 – Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: 1. a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras.”
“(…) a boa-fé objetiva, não prevista no Código Civil de 1916, como cláusula geral, já encontrou guarida na Constituição Federal de 1988, no Código de Defesa do Consumidor de 1990, e, mais recentemente, no Código Civil de 2002.” SOARES, p. 155.
19. *Op. cit.*, p. 330.
20. *Op. cit.*, p. 334.
21. ANDREIS, Mônica. Barbosa. Fernanda Nunes. in *Revista de Direito do Consumidor*: RDC, v. 21, n. 82, p. 61-84, abr./jun.2012. p. 68.
22. p. 336 e 337.
23. p. 47.
24. A Confederação Nacional da Indústria (CNI) é autora da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que tramita no Supremo Tribunal Federal, sob o n. 3311, em que questiona a validade da determinação legal que proíbe a publicidade de cigarros nos veículos de comunicação de massa e determina a inclusão das advertências constantes nas embalagens de produtos de tabaco.
Ver: <http://www.actbr.org.br/tabagismo/acoes-judiciais.asp>
25. p. 5/9.
26. p. 5.
27. p. 45.
28. p. 47.
29. In “Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário”, *op. cit.*, p. 9.
30. International Consultation on Tobacco and Youth: What in the worlds works? Singapore, 28-30 September, 1999, Final Conference Report, WHO, 2000.
31. SAMHSA, HHS, Calculated based on data in 2009 National Household Survey on Drug Use and Health, <http://www.oas.samhsa.gov/nsduh.htm>. Consultado em 17/05/2011.
32. Gender, women and the tobacco epidemic, WHO, 2010.

33. Ação global para o controle do tabaco, 1o tratado internacional de saúde pública, 2ª edição, Ministério da Saúde, Instituto Nacional de Câncer, 2003.
34. *Op. cit.*, p. 189.
35. Relatório da Administração da empresa Souza Cruz – p. 3.
[http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DOA6UNKY/\\$FILE/medMDA48TER.pdf?openelement](http://www.souzacruz.com.br/group/sites/sou_7uvf24.nsf/vwPagesWebLive/DOA6UNKY/$FILE/medMDA48TER.pdf?openelement)
36. p. 9.

Referências

- ANDREIS, Mônica; BARBOSA, Fernanda Nunes. O argumento da culpa da Vítima como Excludente da Responsabilidade Civil da Indústria do Cigarro: Proposta de Reflexão. *Revista de Direito do Consumidor*: RDC, v. 21, n. 82, p. 61-84, abr./jun. 2012.
- DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade Civil & Tabagismo*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Publicidade de Tabaco – Frente e Verso da Liberdade de Expressão Comercial – São Paulo: Atlas, 2015.
- SALAZAR, Andrea Lazzarini. GROU. Karina Bozola. Ações Indenizatórias Contra a Indústria do Tabaco: *Estudo de Casos e Jurisprudência*. Junho de 2011.
http://www.actbr.org.br/uploads/conteudo/633_publicacao_c_capa_final.pdf
- SANTANA, Héctor Valverde. Dano Moral no Direito do Consumidor. Biblioteca de Direito do Consumidor, 38. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- SOARES, Renata Domingues Balbino Munhoz. *A boa-fé objetiva e o inadimplemento do contrato*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: LTr, 2008.
- “Evidências Científicas sobre Tabagismo para Subsídio ao Poder Judiciário” – Associação Médica Brasileira, Ministério da Saúde/Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva e Aliança de Controle do Tabagismo – 12 de março de 2013.
<http://diretrizes.amb.org.br/2016/pneumologia-e-tisiologia/evidencias-cientificas-sobre-tabagismo-para-subsidio-ao-poder-judiciario/> Acessado em 28 de julho de 2016.
- “Tabagismo” – Projeto Diretrizes, da Associação Médica Brasileira
<http://diretrizes.amb.org.br/ans/tabagismo.pdf> Acessado em 28 de julho de 2016.

A ILEGALIDADE DA COMUNICAÇÃO MERCADOLÓGICA DIRECIONADA ÀS CRIANÇAS EM ESCOLAS

EKATERINE KARAGEORGIADIS¹

Advogada do Instituto Alana. Graduada em Direito
(Universidade de São Paulo)

EXCERTOS

“Atualmente, e cada vez mais, recursos midiáticos criam um cenário informacional que atinge diretamente as crianças, seus conhecimentos e habilidades”

“As ações publicitárias na escola podem se manifestar na forma de programas ou atividades patrocinadas, acordos de exclusividade, materiais educativos patrocinados, programas de incentivo, angariação de fundos, apropriação de espaço, publicidade digital”

“Camuflar a publicidade como uma ação pedagógica revela que o interesse principal não é educativo, mas sim comercial”

“Crianças são pessoas em peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico, o que as torna hipervulneráveis aos anúncios publicitários, de modo que a legislação brasileira define como ilegal a publicidade direcionada ao público infantil, por abusar da deficiência de seu julgamento e experiência”

“Por razões éticas e legais, é preciso que a criança seja preservada da maciça influência publicitária em sua infância, de maneira que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha”

1. Introdução

O palhaço símbolo de uma rede de lanchonetes fala para crianças, dentro do ambiente escolar, sobre a importância de uma alimentação saudável e da preservação ambiental. O famoso chef de cozinha celebra uma parceria com a fabricante de produtos alimentícios congelados para levar aulas de culinária para dentro das salas de aula. Competições esportivas são motivadas pela reciclagem de pacotes de refrescos em pó da empresa patrocinadora. Na peça de teatro e nos materiais didáticos elaborados pela multinacional de laticínios as palavras lácteo, lactose, leite, lactobacilo e cálcio são repetidas à exaustão, como acontece na sua publicidade televisiva direcionada ao público infantil. Competições estimulam estudantes a formar grupos para compor canções e coreografias baseadas no filme publicitário da marca de cadernos. Provas de matemática são baseadas nos preços de perfumes descritos no folheto promocional. Livros didáticos inserem produtos e valores de marcas nos conteúdos educativos. Uniformes de escolas públicas são usados para promover logotipos de lojas. Estudantes visitam fábricas e outros espaços, como caminhões customizados e parques de diversões, para degustar iogurtes, preparações culinárias com maionese e bebida à base de soja ou preparar pizzas. Nas peças de teatros e shows encenados nas escolas são entregues livros e CDs nas mãos das crianças, para que peçam para seus pais comprarem.

São esses alguns dos exemplos de ações publicitárias diretamente direcionadas às crianças realizadas no Brasil por empresas de diferentes portes e segmentos de mercado dentro de creches, pré-escolas e instituições de ensino fundamental, públicas ou privadas. Oferecidas como ações educativas, esportivas ou culturais, ou projetos de responsabilidade social empresarial, essas estratégias atingem diretamente o público infantil, em geral sem mediação ou concordância dos pais, mas com reforço positivo das instituições de ensino.

Este artigo pretende apresentar o panorama do sistema educativo no Brasil, os riscos desse assédio dentro do ambiente escolar, as violações aos direitos das crianças sob a ótica consumerista e medidas que vêm sendo adotadas, nacional e internacionalmente, a respeito do tema.

2. A escola e a ideologia do consumo

Por muitos anos os saberes imprescindíveis à vida eram transmitidos às crianças por suas famílias². Com a Revolução Francesa surge, no século XIX, o conceito de “escola pública, gratuita, laica e igual para todos” para educar crianças, organizando, sistematizando e transmitindo conhecimento por meio dos professores.

A partir das mudanças ocorridas com a Revolução Industrial, e também com o aumento da preocupação com o espaço social e a relação entre os indivíduos, ao mesmo tempo receptores e criadores de cultura, a escola passa a ser um lugar que também se relaciona com o ambiente social, o que demanda que novos meios de ensino, aprendizagem e metodologias sejam pensados.

Atualmente, e cada vez mais, recursos midiáticos criam um cenário informacional que atinge diretamente as crianças, seus conhecimentos e habilidades³. A escola e a família deixam de ser os únicos espaços de produção e transmissão de conhecimento, formação de valores e de aspectos mais ou menos permanentes da personalidade, criação de desejos, entre outros. Mas ainda cabe aos professores, considerando a importância da escola como espaço de socialização da criança, a “mediação entre o conhecimento do aluno e o conhecimento sistematizado e organizado da sociedade”⁴.

Neil Postman⁵ diferencia a *educação* das crianças – que acontece em todos os momentos de sua vida – de *escolarização*, circunscrita aos limites da escola, e argumenta que a escola deveria ser capaz de alterar as lentes pelas quais as crianças veem o mundo. No entanto, constata que, na atualidade, estão elas a serviço de um “deus do consumo”, materializado na inserção de mensagens comerciais dentro do espaço escolar, e na confusão entre o que é ensinado e o que é anunciado às crianças, não apenas fora do tempo e do lugar da escolarização, como também durante ela. Para o autor:

A devoção ao deus do Consumo serve facilmente de base metafísica da escolarização porque é inculcada nos jovens desde cedo, muito antes de irem para a escola; na realidade tão logo ficam expostos aos poderosos ensinamentos da indústria da publicidade. Nos

Estados Unidos, por exemplo, o veículo principal da publicidade é a televisão, e em geral se começa a ver televisão com um ano e meio de idade, e o hábito se consolida aos três anos. Esta é a idade em que as crianças começam a pedir produtos que veem anunciados na televisão e cantam os jingles que os acompanham.⁶ (grifos nossos)

Sua crítica, portanto, reside no fato de que as escolas, muitas vezes, estariam focadas na utilidade econômica do ensino, ou seja, o preparo para ganhar a vida, unindo-se, assim, ao consumo. Com isso, os alunos, no seu tempo letivo, pensam no que poderiam ser quando crescerem, enquanto profissionais, e, conseqüentemente, desde seus primeiros anos de vida, almejam ganhar dinheiro para poder consumir. Nesse sentido, complementa Postman:

Podia-se pensar que nossas escolas também estivessem em oposição explícita a esse deus, já que *se supõe que a educação libertaria a juventude da servidão do materialismo cru*. Mas, na verdade, muitas de nossas escolas, em especial nos últimos tempos, aliaram-se a esse deus de maneira entusiástica. Refiro-me, por exemplo, ao fato de que aproximadamente dez mil escolas aceitaram a oferta feita por Christopher Whittle de incluir, diariamente, dois minutos de mensagens comerciais no currículo – a primeira vez, que eu saiba, que um anunciante empregou o poder do Estado para forçar alguém a ver comerciais. Em troca desta oportunidade, oferece sua própria versão de dez minutos de notícias do dia e, gratuitamente, valioso equipamento de televisão, inclusive antena parabólica⁷ [...] há apoio generalizado ao deus do Consumo. Isto é, *as escolas não veem contradição alguma entre aquilo que elas desejariam que os alunos aprendessem e o que os comerciais desejam que eles aprendam*. [...] Aqui importa dizer que nenhum argumento razoável pode ser apresentado contra educar os jovens para serem consumidores ou para pensarem nos tipos de emprego que poderiam interessá-los. Mas quando essas coisas são alçadas à condição de imperativo metafísico, percebemos que não sabemos mais o que fazer; pior ainda, que alcançamos o limite da nossa sensatez.⁸ (grifos nossos)

A partir de relatos reais sobre a ideologia do consumo inserida dentro das atividades escolares, que incomoda muitos pais e mães, a psicóloga Rosely Sayão⁹ relata:

Nos últimos dias, duas mães me contaram fatos acontecidos nas escolas que os filhos frequentam e que as deixaram bem aborrecidas. São dois exemplos que podem nos ajudar a pensar a respeito do papel da escola no mundo contemporâneo.

[...]

Já a outra mãe contou que a escola que o filho frequenta ofereceu “palestras” para as classes a respeito da nutrição e do valor de alguns alimentos. Acontece que quem ofereceu as tais “palestras” foi uma empresa que produz um desses alimentos, que foi distribuído graciosamente aos alunos após a explanação. Foi o que bastou para deixar essa mãe indignada e a fez procurar outra escola para o filho.

Qual é o elemento comum em situações tão diversas? O fato de pais e alunos serem tratados como consumidores pelas escolas. [...] Vivemos na era do consumo.

Sayão também analisa o papel da escola no mundo contemporâneo, que deveria ser o de permitir aos estudantes o desenvolvimento do senso crítico, e não a transmissão de valores consumistas:

E a escola? Qual o seu papel social nesse contexto? Repercutir essa ideologia? Claro que não. Cabe à escola, na formação cidadã de seus alunos, usar o conhecimento para que eles, em meio a tantas ofertas e pressão para o consumo desenfreado, possam fazer escolhas conscientes, bem informadas e críticas.

E é bom saber que as escolas, quer queiram ou não, formam cidadãos, principalmente no “currículo oculto”, ou seja, aquilo que é ensinado pelas atitudes tomadas, como essas de nossos exemplos.

Os mais novos não vão à escola para satisfazer os pais, deixá-los orgulhosos ou para aprender a consumir. O mundo já se encarrega desse último item, muito bem por sinal.

Eles vão à escola para, por meio do conhecimento, entender melhor o mundo, desenvolver senso crítico e ser capazes de pensar

de modo diferente de seus pais. É justamente isso que possibilita que o mundo mude, não é verdade? Ou queremos que eles vivam como seus pais?

Se, no entanto, a escola não pensar minuciosamente naquilo que ensina de todas as formas, ficará submetida a várias ideologias, principalmente a do consumo. É isso que queremos para os mais novos? (grifos nossos)

Os pesquisadores Alex Molnar e Faith Boninger, que há anos dedicam-se a estudar a publicidade em escolas¹⁰, expressam a mesma preocupação com o prejuízo à formação do pensamento crítico dos estudantes pela introdução de projetos patrocinados por empresas dentro de instituições de ensino:

Considere o caso do pensamento crítico. É difícil encontrar alguém disposto a se opor à ideia de que estudantes pensem criticamente em abstrato. No entanto, pensamento crítico real é uma ameaça inerente à autopromoção corporativa, porque esse pensamento pode levar os estudantes a questionar a história que os patrocinadores contam sobre suas marcas.

Por essa razão, os programas patrocinados por corporações nas escolas evitam tratar de qualquer coisa que pode levar a conclusões inconsistentes com a mensagem pronta das empresas. Elas contribuem para a criação de um meio ambiente escolar que desencoraja estudantes de desenvolver as habilidades do pensamento crítico que poderiam levá-los a questionar as histórias que as corporações contam sobre suas marcas – em comparação com um meio ambiente que poderia encorajar os estudantes a fazer perguntas, a pensar criticamente, e a desenvolver hábitos mentais que poderiam habilitá-los a transferir qualquer pensamento crítico que eles aprendem na escola a outras situações não relacionadas¹¹ (grifos nossos; tradução livre a partir do inglês).

Os autores também chamam a atenção para o fato de que a ameaça ao pensamento crítico representada pelas ações de comunicação mercadológicas passa a ser mais visível quando se percebe não apenas o que *acontece* nas escolas mas também o que *não está acontecendo* nelas¹², representado pela ausência de questionamentos, críticas e reflexões.

Por outro lado, mas reforçando o motivo da preocupação apresentada pelos autores anteriores, o publicitário Nicolas Montigneaux defende a escola como um lugar ideal para ações de comunicação mercadológica, especialmente aquelas com conteúdo pedagógico:

Os estabelecimentos escolares são o lugar ideal para as operações de comunicação dirigidas para os jovens consumidores. A atenção das crianças é sustentada e o ambiente permite fazer passar um discurso sobre qualidade. Por razões éticas ou legais, as marcas devem interditar a prática de publicidade no sentido clássico do termo, e devem fazer suas investidas com um verdadeiro conteúdo pedagógico. A publicidade no ambiente escolar é teoricamente interdita na França, embora seja encontrada frequentemente, apesar dessa interdição.

Segundo nosso ponto de vista, a intenção promocional não é forçosamente incompatível com uma ação educativa. Promover a ideia de se segurar contra riscos individuais ou promover a ideia de uma boa higiene dentária possuem um real valor educativo. Um documento bem feito pode servir de ponto de partida para uma ação educativa, ainda que a marca se anuncie da maneira como ela é. Além disso, nos parece normal, e mesmo desejável que a marca, tendo prometido um documento, se faça conhecer sem que para isso tome pela repetição um caráter demasiado publicitário. É por isso que a marca deve aparecer, mesmo que o faça de uma maneira moderada.¹³ (grifos inseridos)

Para Molnar e Boninger, as ações publicitárias na escola podem se manifestar na forma de programas ou atividades patrocinadas, acordos de exclusividade, materiais educativos patrocinados, programas de incentivo, angariação de fundos, apropriação de espaço, publicidade digital. Segundo Montigneaux, poderiam ser travestidas sob a forma de “ação pedagógica” (distribuição de materiais, por exemplo) ou de “ações comerciais” (distribuição de amostras ou brindes). As ações do primeiro grupo com frequência se referem a nutrição ou alimentação, energia, água, saúde, higiene, deveres do cidadão, meios de transporte.

Comumente essas ações são definidas como “parcerias” entre as empresas e as escolas. No entanto, Molnar e Boninger rejeitam essa ideia, pois esses acordos são sempre feitos para que as empresas sejam sempre as vencedoras das situações.

Parcerias não é o único termo equivocado associado com o comercialismo na escola. Atividades empresariais na escola são às vezes explicadas, por exemplo, como decorrente do desejo das empresas de devolutiva, e com isso demonstrar que elas são boas “cidadãs corporativas”. *Essa é uma linguagem positiva que pinta um retrato de corporações engajadas em atividades cívicas para promover o bem comum.* Entretanto, o que as corporações receberam que agora elas querem retribuir é raramente, quando muito, explicado. Quando ou para quem elas escolheram “retribuir” dá uma ideia sobre o que, realmente, “retribuir” significa na prática.¹⁴ (grifos nossos; tradução livre a partir do inglês)

Justamente para dar a ideia de “parceria” em benefício da comunidade escolar, os compromissos corporativos assinados por associações empresariais ou por algumas empresas isoladamente expressamente autorizam a realização de publicidade “quando acordado ou solicitado pela administração da escola para propósitos educacionais ou esportivos”¹⁵.

Camuflar a publicidade como uma ação pedagógica revela que o interesse principal não é educativo, mas sim comercial. Afinal, inequívocos são os benefícios comerciais que levam as empresas a realizarem ações de comunicação mercadológica em escolas, como vendas diretas, fidelização das crianças e o aumento da credibilidade das marcas.

*Marketing em escolas se tornou um grande negócio. As empresas vêm como uma oportunidade de fazer vendas diretas e cultivar a lealdade à marca. Eles percebem que as escolas são um ótimo lugar para atingir as crianças, uma vez que quase todos vão à escola e que gastam uma grande parte das horas em que estão acordadas lá. O marketing nas escolas também acrescenta credibilidade às atividades de comercialização, associando o nome da empresa e do produto com escolas ou professores confiáveis.*¹⁶ (grifos nossos)

A escolha das empresas de anunciar para crianças desde a tenra infância e, sobretudo, em um ambiente de confiança como a escola traz resultados financeiramente positivos aos anunciantes. As crianças passam a acreditar que os produtos da marca são melhores do que outros. Passam também a pedir que seus pais e responsáveis adquiram os produtos da empresa com a qual têm contato, cada vez mais cedo e com maior frequência.

As escolas, em muitos casos, desconhecem informações que apresentam a complexidade do problema¹⁷. A forma como as ações são apresentadas pelas empresas aos estabelecimentos de ensino faz com que sejam compreendidas como iniciativas sérias, isentas e realmente educativas. No entanto, o que é comum, e muitas vezes aceito como normal, não é necessariamente adequado para o desenvolvimento infantil. Dirigir comunicação mercadológica a crianças é antiético e ilegal, muito embora seja prática recorrente, inclusive no ambiente escolar.

3. As consequências da comunicação mercadológica dirigida às crianças em escolas

Crianças são pessoas em peculiar processo de desenvolvimento biopsicológico, o que as torna hipervulneráveis aos anúncios publicitários, de modo que a legislação brasileira define como ilegal a publicidade direcionada ao público infantil, por abusar da deficiência de seu julgamento e experiência.

A colocação da marca em escolas faz parte de uma estratégia de comunicação mercadológica complexa, que não se encerra no próprio ambiente de ensino, mas está relacionada a todas as outras ações de comunicação mercadológica adotadas pelas marcas para capturarem a atenção do público infantil. Seu objetivo está longe de ser lúdico ou educativo, mas sim puramente e finalisticamente venal e mercadológico.

Infelizmente as escolas, ao serem abordadas pelas empresas para aceitarem as atividades propostas, são habilmente persuadidas pela possibilidade de apresentar às crianças uma manifestação artística e lúdica, sem, no entanto, terem acesso ao real objetivo da empresa, de aproximar sua marca e seus valores de um público cada vez mais jovem,

cativando-os dentro de um ambiente que deveria manter-se isento de apelos do mercado.

Unir a comunidade escolar a marcas em ações de comunicação mercadológica anunciadas como lúdicas e educativas, inseridas no cotidiano da criança, abusa da sua credulidade, inexperiência e confiança, e tem o objetivo de cativar e *fidelizar novos consumidores*.

Assuntos como saúde, nutrição, esportes, corpo humano, meio ambiente, ciências, reciclagem, música etc., são algumas vezes transmitidos aos estudantes por meio de canções, danças, jogos, competições e brincadeiras, pelas empresas e seus representantes, disseminando muitas vezes, de forma sutil, os valores da marca:

A publicidade em escolas é sempre sutil, porque, uma vez na escola, as empresas não devem ser óbvias para criar sua presença ou influência na opinião dos estudantes. De fato, seus esforços são mais bem-sucedidos se elas podem voar sob o radar. Não é uma surpresa, no entanto, que oferecem atrativos às escolas como dinheiro, equipamentos ou prêmios como um benefício às escolas em troca do acesso aos estudantes. Também não surpreende que as preocupações ambientais (como reciclagem, conservação e redução do uso de energia) e estilos de vida saudáveis (incluindo esportes, alimentação e aulas de culinária) são também meios populares para aproximação para os publicitários das empresas.¹⁸ (tradução livre a partir do inglês)

As crianças, nessas atividades, *absorvem os conteúdos lúdicos e os associam de forma positiva àqueles* que os fazem rir, brincar, pular e se divertir. Constrói-se na criança um *sentimento positivo* com relação à marca, que será reencontrada muitas outras vezes por ela, seja na própria escola – uma mesma instituição recebe a visita da empresa em anos consecutivos – como na televisão, internet, outdoors, espaços públicos como ruas, praças, centros comerciais. A criança que conhece a empresa e suas personagens por meio de uma ação ocorrida na escola, quando se depara com ela, fora do ambiente escolar, *associa o momento de entretenimento proporcionado no interior da escola à marca, com seus produtos, serviços e visões de mundo*.

Sem dúvidas, a *repetição das ações comerciais* nos distintos lugares em que a criança está presente gera impactos em sua memória, escolha, fidelidade e preferências. Nesse sentido, Montigneaux trata da relevância, para as marcas, de promover momentos estimulantes de interação com a criança, como forma de garantir sua fidelidade como retorno:

Para que a criança se sinta atraída pela marca ela deverá desenvolver com a criança um verdadeiro e durável relacionamento.

[...]

Quando a marca “fala” à criança, esta se sente conhecida e reconhecida. Está no centro da relação, relação que a tranquiliza, visto que, assim, a criança existe aos olhos da marca. *Dessa maneira, a marca se aproxima da criança e faz parte do seu cotidiano.* A marca entende a criança, e, eventualmente, poderá ajudá-la. Essa familiaridade com a marca dá tranquilidade à criança.

O relacionamento entre a marca e a criança não é uma comunicação em sentido único. Supostamente, há uma troca, uma interatividade. A relação deve ser entendida pela criança como algo vivo. *A marca mobilizará a criança, solicitará sua curiosidade e estimulará sua imaginação.* A criança deverá se colocar em ação, ler, descobrir, adivinhar, responder a questionamentos, mostrar-se astuta: atitudes que, nessa idade, lhe dão muito prazer.

Enfim, não se deve esquecer que, do ponto de vista da empresa, manter um relacionamento satisfatório com os consumidores é ainda a melhor garantia de conquistar sua fidelidade.¹⁹ (grifos nossos)

Quando dentro das escolas, a empresa recebe das crianças tanta confiança quanto aquela que elas depositam nos professores. Assim, as crianças percebem, de forma implícita, que *escola, professores e funcionários apoiam a empresa anunciante ou o consumo do que é anunciado.*

Desta forma, atuando dentro do ambiente escolar, e comunicando-se diretamente com os estudantes, a empresa fica mais bem colocada perante sua concorrência e *vê aumentado o nível de prescrição da criança* perante seus pais, responsáveis e colegas.

Ademais, as crianças estudantes, especialmente as mais novas, por não serem ainda capazes de entender diferenças entre o meio e a mensagem, passam a associar as marcas comerciais presentes no ambiente de ensino como *parte do momento de aprendizagem*.

Ainda, a presença de diversos modelos de campanhas publicitárias nos estabelecimentos de ensino prejudica a sua *autonomia político-pedagógica*. As ações de comunicação mercadológica nas escolas, o endosso de bens e marcas anunciados comercialmente no ambiente escolar e a cultura do consumismo relacionada à publicidade dirigida às crianças podem *interferir negativamente nas práticas pedagógicas*.

Prejudiciais, assim, são as campanhas de comunicação mercadológicas realizadas nas escolas, especialmente aquelas que acontecem dentro das salas de aula, ainda que anunciem finalidades educativas e culturais. Considerando o papel exercido pelo ambiente escolar na formação da linguagem e do pensamento das crianças, qualquer intervenção que não corresponda ao fim estritamente educativo, ao escopo pedagógico das instituições de ensino ou que tenha fins comerciais deve ser analisada por todos os atores envolvidos com especial cuidado.

Como destacam Alex Molnar e Faith Boninger²⁰, o centro da relação entre as empresas com fins lucrativos e as escolas é sempre deseducativo. Isso porque o foco da empresa é sempre o lucro, enquanto a missão da escola é prover os estudantes de experiências educativas. A tensão entre esses interesses implica a pressão inerente para que as experiências e atitudes dos estudantes sejam moldadas e dispostas de um modo que apoie ou pelo menos não mine os lucros empresariais.

No contexto escolar, é possível identificar três categorias de ameaças à integridade da educação de crianças em razão da publicidade nas escolas: 1) materiais escolares ou atividades contradizendo ou prejudicando o currículo escolar, como cantinas que contêm anúncios de produtos alimentícios ultraprocessados que vão contra as lições sobre alimentação saudável; 2) atividades publicitárias que substituem atividades educativas, como visitas a fábricas; 3) materiais feitos pelas

A presença de diversos modelos de campanhas publicitárias nos estabelecimentos de ensino prejudica a sua autonomia político-pedagógica

empresas que apresentam apenas o ponto de vista dos patrocinadores, com uma resposta pronta, e que prejudicam o desenvolvimento de pensamento científico, crítico e criativo dos estudantes²¹.

Sobre o problema específico da autonomia pedagógica nas escolas que admitem publicidade comercial por meio do material escolar, a pesquisadora Susan Linn afirma:

O único objetivo para a criação de material escolar deveria ser o favorecimento da educação dos alunos que o utilizasse. Se o objetivo torna-se a gravação de uma marca na consciência dos alunos ou a criação de uma associação positiva em relação a um produto, a educação provavelmente fica para trás.²²

Em razão de todos os riscos e consequências negativas apontados, pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha em 2011²³, que abrangeu todo o território brasileiro, concluiu que 56% da população brasileira desaprova estratégias publicitárias em escolas.

Um total de 2.061 pessoas com mais de 16 anos, pais ou não, responderam à questão “É correto as empresas fazerem propaganda dentro das escolas?” e 56% se posicionaram contra, sob os argumentos de que a “escola não é lugar de vender produtos” (33%), “não tem nada a ver com educação” (23%), “as crianças, alunos podem ser levados a consumir produtos que não são bons para elas” (22%), e “as crianças não estão preparadas para tomar uma decisão sobre os produtos que vão consumir” (20%). A porcentagem sobe para 59%, no caso de pessoas com filhos. Outro dado relevante da pesquisa mostra que as classes socioeconômicas C, D e E são as que mais discordam de haver publicidade em escolas (60%).

Dentre as pessoas (30% do total) que concordam com a publicidade infantil, os argumentos apresentados foram que “os alunos adquirem novas informações/conhecimentos” (30%) ou “as crianças podem conhecer ou experimentar produtos novos” (17%).

De fato, muitos pais e professores acabam sendo levados a acreditar que apresentações promovidas pelas empresas dentro das escolas não são uma forma de publicidade, mas sim uma atividade lúdica e educativa, na medida em que envolve músicas, desempenho e interação com a

plateia. As próprias empresas buscam gerar essa falta de compreensão pelos educadores.

A possibilidade de intervenção de empresas privadas nos estabelecimentos educacionais se mostra ainda mais preocupante quando se trata de escolas públicas, pois além da interferência nos valores transmitidos aos alunos, ocorre a confusão entre as esferas pública e privada. Não só a escola passa a ser vista como apoiadora da empresa anunciante, como também o Estado, que deveria proporcionar a educação básica, obrigatória e gratuita com “liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, conforme determinam os arts. 205, *caput* e inciso II, e 208, I, da Constituição Federal.

4. Direito à educação

No Brasil, a educação é um direito social, consagrado pela Constituição Federal (CF) brasileira em seus artigos 6^o²⁴ e 205 e seguintes²⁵, como um dever do Estado e da família.

Desde 2009, a educação básica é obrigatória a partir dos quatro anos de idade (art. 208, I, CF), e deve ser oferecida de forma universal e gratuita. Além disso, deve observar o primado da prioridade absoluta garantido às crianças pelo artigo 227 da carta magna²⁶, reafirmado pelo artigo 4^o do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Apesar de não se resumir à educação formal, tampouco ao universo escolar, é inegável que cabe à escola uma parcela importante da educação e da sociabilização das crianças. O acesso efetivo à educação é base para a construção da cidadania e permite ao indivíduo efetivar os demais direitos fundamentais a ele assegurados. A democratização do ensino implementa o princípio da igualdade bem como a dignidade da pessoa humana, pilares do estado democrático de direito.

Para garantir o direito fundamental à educação, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394/96) disciplina a educação escolar. De acordo com ela, a educação visa ao pleno desenvolvimento do educando e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 2^o).

A educação infantil busca desenvolver as crianças de até cinco anos em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, destinando-se

as creches às crianças até três anos de idade, e as pré-escolas àquelas entre quatro e cinco anos.

O ensino fundamental – a partir dos seis anos de idade – objetiva a formação básica dos indivíduos, desenvolvendo sua compreensão do ambiente, construção de atitudes e valores, fortalecimento de vínculos de família e solidariedade humana, entre outros aprendizados importantes.

Na distribuição de competências entre as pessoas políticas, os sistemas de ensino devem ser organizados em sistema de colaboração entre União, estados e municípios, cabendo aos últimos atuar, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil, enquanto aos estados, nos ensinos fundamental e médio.

Em todos esses espaços há exemplos de inserção de ações por anunciantes e mercado publicitário, ofertadas não apenas como educativas, culturais e esportivas, mas também como se fossem modos de execução de competências previstas na legislação vigente.

Dito de outra forma, uma vez que a lei brasileira prevê aulas de música nas escolas, empresas vão se interessar por desenvolver uma campanha sob a denominação de responsabilidade social empresarial que, na verdade, é uma ação de comunicação mercadológica, para oferecê-la como um projeto gratuito para implementação na rede de ensino pública. O mesmo vale para atividades de educação alimentar e nutricional, prática de esportes ou cuidado com o meio ambiente.

A existência de um direito fundamental à educação, que visa à realização da dignidade da pessoa humana e ao pleno desenvolvimento da criança – nos níveis infantil e fundamental de ensino –, é incompatível com a utilização da criança como público-alvo da mensagem publicitária, prática antiética e ilegal. Por essa razão, a publicidade dentro de escolas representa especial preocupação, na medida em que, além de abusar da inexperiência das crianças para vender bens mais facilmente, ela invade um espaço que é fundamental na formação do público infantil.

Valer-se da deficiência de julgamento e de experiência da criança para impingir-lhe produtos e serviços, inclusive dentro da escola, significa transformá-la em uma promotora de venda a serviço de anunciantes. As escolas públicas ou privadas, enquanto espaço de cuidado e educação, não devem servir de cenário de violação da integridade psíquica, moral e até mesmo física das crianças.

5. A ilegalidade da publicidade para crianças dentro das escolas

O ordenamento jurídico brasileiro garante à criança, em razão de seu peculiar processo de desenvolvimento, a prioridade absoluta de seus direitos, a primazia do seu melhor interesse e sua proteção integral.

No momento da aplicação da lei, criação de políticas públicas e desenvolvimento de ações do poder público e no âmbito privado, deve-se levar em conta, portanto, o atendimento a todos os direitos fundamentais das crianças, o que inclui uma infância livre de pressões e imperativos comerciais.

A publicidade é uma ameaça ao bem-estar das crianças, sua integridade física e saúde psíquica, pois pode ocasionar atitudes materialistas, aumentar o grau de insegurança sobre si mesmas e sobre seu lugar na sociedade, e acarretar uma visão distorcida sobre questões de gênero. A publicidade induz as crianças a querer e comprar mais, e promove a ideia de que por meio do consumo é possível afirmar identidade, expressão pessoal, satisfação, confiança²⁷.

Por essa razão, e a partir da interpretação sistemática do artigo 227 da Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), Convenção das Nações Unidas sobre as Crianças (Decreto 99.710/90), Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) e Resolução 163 de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), a publicidade dirigida ao público infantil é proibida no Brasil.

Por serem presumidamente hipossuficientes no âmbito das relações de consumo, e hipervulneráveis²⁸, as crianças têm a seu favor a garantia de uma série de direitos e proteções. O CDC, no tocante ao público infantil, determina, no seu artigo 37, § 2º, que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, sob pena de ser considerada abusiva e, portanto, ilegal:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a

superstição, *se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. (grifos nossos)

O artigo 39, inciso IV, do CDC, por sua vez, proíbe ao fornecedor, como prática abusiva, 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”.

Além disso, um dos pressupostos fundamentais que regem a publicidade no país é o princípio da identificação da mensagem publicitária, por meio do qual, nos termos do artigo 36 do CDC, “a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal”. Tendo em vista que as crianças até aproximadamente oito anos de idade ainda não conseguem diferenciar a mensagem publicitária do meio em que está inserida²⁹, qualquer publicidade que lhes seja dirigida viola também esse princípio.

É possível considerar as ações que as empresas promovem nas escolas clandestinas da mesma forma que estratégias como *product placement* (inserção de produtos e marcas em roteiros), na ausência de claros elementos para sua identificação pelo público-alvo. E, em razão de seu caráter sutil e travestido de educativo e cultural, não apenas as crianças, mas também os adultos teriam dificuldade de compreender o caráter publicitário dessas estratégias.

A partir do princípio da proteção integral da criança e limites legais previstos no CDC, e com o objetivo de reforçar o caráter de ilegalidade da publicidade direcionada ao público infantil, a Resolução 163 do Conanda definiu critérios para identificação das ações de publicidade e comunicação mercadológica abusivas, diante de casos concretos.

Estratégias publicitárias realizadas dentro de escolas afrontam dois aspectos da Resolução 163 do Conanda. O primeiro é o direcionamento da comunicação mercadológica ao público infantil e o uso de elementos para captar a atenção desse público com o objetivo de promover um produto ou serviço. O segundo é a realização de comunicação mercadológica em ambientes escolares, que segundo a resolução, devem ser preservados de apelos mercadológicos.

Segundo a Resolução 163, é abusiva “a prática do direcionamento de publicidade e comunicação mercadológica à criança com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço”, por meio de aspectos como linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores; trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança; representação de criança; pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil; personagens ou apresentadores infantis; desenho animado ou de animação; bonecos ou similares; promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Expressamente sobre a publicidade dentro de ambientes escolares, seja de produtos ou serviços relacionados à infância ou relacionados ao público adolescente e adulto, a Resolução estabelece:

§ 2º Considera-se abusiva a publicidade e comunicação mercadológica no interior de *creches e das instituições escolares da educação infantil e fundamental, inclusive em seus uniformes escolares ou materiais didáticos*. (grifos nossos)

Assim, o ambiente escolar é um espaço destinado a garantir a formação de valores e a conformação de aspectos da personalidade das crianças em desenvolvimento, devendo, portanto, ser um local desvinculado e protegido de interesses mercadológicos.

6. Recentes medidas contra ações publicitárias em escolas

Nos últimos anos, além da previsão expressa da Resolução 163 do Conanda, diversas medidas no plano internacional e nacional foram adotadas para coibir essas abusivas práticas de comunicação comercial dirigidas às crianças dentro das escolas.

No plano internacional destaca-se o relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), publicado em outubro de 2014 pela então relatora especial para os direitos culturais, Farida Shaheed, sobre o impacto das práticas de publicidade e *marketing* na fruição dos direitos culturais³⁰.

O texto, elaborado a partir de consultas aos países membros e de contribuições de especialistas, determina que devem ser proibidas todas as formas de publicidade para crianças com menos de 12 anos de idade, independentemente do meio de veiculação, e discute a abusividade da realização de comunicação mercadológica em ambientes escolares:

A publicidade nas escolas permanece regulamentada em muitos países (ver as respostas do Chile, Guatemala, Paraguai, Qatar, Togo, Uganda, e o Defensor del Pueblo, Estado Plurinacional da Bolívia). Alguns Estados (Grécia, França, Sérvia e Eslováquia) proíbem ou limitam a publicidade em escolas públicas, com base nos princípios da neutralidade, o propósito da instituição e da proteção à criança (ver também a resposta da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Qatar). Outros, incluindo a Argélia, proíbem toda a publicidade para fins comerciais, mas a linha divisória entre mensagens comerciais e não comerciais, ainda não está claro. Alguns Estados, incluindo El Salvador, intervieram para impedir situações que têm ido além do que parece razoável; em outros, como a Finlândia, os pais têm o direito de decidir o tipo de comercialização permitida nas escolas, com uma proibição estrita contra a disseminação dos contatos dos alunos, para fins de marketing. Em outras situações, o patrocínio é permitido, mas o material não pode conter marketing de produtos. A OMS, por sua vez, recomenda que as crianças não sejam expostas a qualquer forma de comercialização de alimentos ricos em gorduras saturadas, ácidos graxos trans, açúcares livres ou sal, em particular quando estão nas escolas e em parques infantis³¹.

De acordo com o documento, é evidente a presença de crescente publicidade nas instituições de ensino de inúmeros países, por meio de estratégias que têm por objetivo garantir uma interação entre as crianças e determinadas marcas no espaço escolar, que inclui não apenas a escola em si como cafés, bibliotecas, parques e instalações desportivas, sua vizinhança imediata e ônibus escolares:

A presença crescente da publicidade nas escolas está documentada. Existem numerosos exemplos de logotipos de empresas que aparecem no material escolar, incluindo livros e material didático,

bem como nas instalações da escola; logotipos de empresas, como o foco central das aulas patrocinadas; televisão em escolas de “conteúdo educacional” com publicidade; shows por personagens que representam marcas; máquinas de venda automática ou cafés que ocupam espaço escolar, para vender e promover determinadas marcas e/ou produtos; concursos organizados por bancos; patrocínio de ônibus escolares, campos desportivos ou nomes escolares; material de segurança rodoviária de marca; programas de incentivo com supermercados, que oferecem vales para laptops escolares ou câmeras; escola de angariação de fundos ou estratégias, que estimulem as famílias a entrar em relações comerciais com empresas que doam para escolas; contratos de exclusividade, concedendo a uma empresa o direito exclusivo de prestar um serviço e / ou produto; o recrutamento de crianças, em idade escolar, para servir como embaixadores da marca, e assim por diante.³²

No entanto, o relatório deixa claro que a normalidade com que o assunto é tratado no mundo e sua grande incidência não significam que essas ações sejam adequadas ao desenvolvimento infantil. Assim, as escolas, compreendidas como um espaço cultural necessariamente frequentado pelas crianças, devem ser especialmente protegidas de qualquer influência comercial.

O documento avalia as possíveis dificuldades decorrentes dessa restrição. Em cenários de escassez orçamentária, a permissão da realização de comunicação mercadológica em ambientes escolares teria como contrapartida investimentos para a manutenção da infraestrutura e o oferecimento de insumos educacionais, como livros e material escolar:

Para os Estados, autoridades locais e os pais, opor-se à publicidade e ao *marketing* nas escolas pode ser difícil. Em alguns contextos, isto pode impedir a capacidade de se obter fundos suficientes para construir e/ou manter a infraestrutura escolar, proporcionar aos alunos livros, almoços ou professores, organizar atividades e jogos ao ar livre, e assim por diante. A recessão econômica e os cortes

nos orçamentos aumentam a pressão sobre as autoridades, que ficam, assim, mais propensas a recorrer à negociação de acordos com as empresas. Há também inúmeros casos, porém, de escolas que autorizam as práticas publicitárias e comerciais em suas instalações, sem derivar significativamente ou, na verdade, sem ter qualquer ganho financeiro como consequência.³³

Em face disso, o relatório reconhece diante das distintas realidades dos países que o investimento privado poderia auxiliar na obtenção de fundos para o bom funcionamento das instituições, sem que isso implicasse a permissão de realização de atividades publicitárias direcionadas ao público infantil nas dependências da escola:

A Relatora Especial ressalta que, o patrocínio privado, pode realmente ajudar na obtenção de fundos necessários para o bom funcionamento das escolas. *Isso não deve, no entanto, resultar na entrada de materiais ou atividades de publicidade e marketing nas dependências da escola, ou que essas sejam dirigidas às crianças.* A Relatora Especial é da opinião de que, as empresas ainda podem anunciar o fato de que elas patrocinam escolas, mas devem fazê-lo de forma que tal esteja fora das escolas. A única exceção a isso pode ser quando os materiais específicos, como computadores ou instrumentos musicais, que ostentam logotipos ou marcas das empresas que os produzem, forem doados para escolas (conhecidos como rótulos das embalagens de produtos de consumo primário, de fabricantes ou distribuidores).³⁴ (grifos nossos)

E recomenda que a legislação, regulamentações e políticas adotadas pelos Estados e autoridades locais “proibam toda a publicidade comercial em escolas públicas e privadas, garantindo que os currículos sejam independentes dos interesses comerciais”, bem como identifiquem espaços que devem ser completamente ou especialmente protegidos da publicidade, tais como creches.

No Brasil, destacam-se as ações adotadas pelo Ministério da Educação, Ministério Público Federal (MPF), Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP) e Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, que produziram documentos que evidenciam a

ilegalidade da realização de comunicação mercadológica em ambientes escolares.

Em maio de 2014, a coordenação geral de direitos humanos da Diretoria de Políticas de Educação em Direitos Humanos e Cidadania da Secretaria de educação continuada, alfabetização, diversidade e inclusão do Ministério da Educação, por meio da Nota Técnica 21/2014/CGDH/DPEDHC/SECADI/MEC, reconhece que a publicidade infantil em ambientes escolares é uma realidade e destaca a influência do ambiente escolar ao desenvolvimento da criança que, por isso, deve estar a salvo de apelos mercadológicos. Reconhece que a publicidade infantil é prática abusiva e considera a Resolução 163 do Conanda um significativo marco para a proteção da criança frente aos apelos publicitários, com base nos direitos à educação, dignidade da pessoa humana e da sustentabilidade socioambiental³⁵:

Assim, destaca-se a importância do entendimento de que o espaço escolar é destinado à formação integral das crianças e dos adolescentes não devendo, portanto, permitir sua utilização para a promoção e veiculação de publicidade e de comunicação mercadológica de produtos e serviços, seja ela direta ou indireta (por meio de apresentações, jogos, atividades, brincadeiras promocionais patrocinados por empresas – ainda que tenham algum tipo de aparente proposta educacional).

Ainda em maio de 2014, a Resolução 163 do Conanda e a Nota Técnica 21 de 2014/CGDH foram encaminhadas pelo Ministério da Educação, por meio do Ofício Circular 57 de 2014, da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão (Secadi), a todas as secretarias estaduais e municipais de educação do país, a fim de que lhes fosse dada ciência sobre seus conteúdos, e, assim, deixassem as instituições de ensino de ser palco de publicidade infantil³⁶.

Em novembro de 2014, o Ministério Público Federal por meio da Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão do de São Paulo, com base no conteúdo da Resolução 163 do Conanda e da Nota Técnica 21/2014/CGDH do Ministério da Educação, expediu as Recomendações 66/2014 e 67/2014. Os documentos foram endereçados à Secretaria

de Educação do Estado de São Paulo e às prefeituras e secretarias de educação de todos os municípios paulistas com mais de 100 mil habitantes com o objetivo de recomendar a suspensão dos shows do Ronald McDonald ou qualquer ação similar nas instituições públicas estaduais de ensino básico e de ensino infantil e fundamental dos referidos municípios:

O Ministério Público Federal, pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão resolve recomendar a essa municipalidade, que promova, no prazo máximo de 30 dias e em âmbito municipal, a suspensão dos Shows do Ronald McDonald nas instituições públicas de ensino infantil e fundamental, bem como a cessação da exibição da personagem vestido de palhaço que oferece gratuitamente diversão, brincadeiras e aproveita esse momento lúdico para cativar consumidores, sob a justificativa de transmitir conceitos educativos, como respeito ao meio ambiente, valorização da amizade e da vida ativa e dicas de bons hábitos. Recomenda-se, ainda, que não seja permitida a exibição de shows semelhantes promovidos por quaisquer outras empresas que, da mesma maneira, tentem se aproveitar de momentos lúdicos para cativar crianças e persuadi-las ao consumo ou à valorização de determinada marca.³⁷

Por sua vez, o Centro de Apoio Operacional Cível e de Tutela Coletiva do Consumidor do Ministério Público do Estado de São Paulo expediu Nota Técnica³⁸ com o objetivo de “fornecer esclarecimentos e subsídios aos Promotores de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo no que concerne à questão da publicidade abusiva em escolas” e “prestar informações técnicas para a melhor atuação dos Promotores de Justiça do Consumidor em casos de descumprimento da lei”.

O documento, apresentado em 10 de março de 2015, durante o Seminário Publicidade em Escolas³⁹, faz referência à Resolução 163 do Conanda, à Nota Técnica 21/2014/CGDH do Ministério da Educação e ao Relatório da ONU sobre os impactos do *marketing* nos direitos culturais, para ressaltar que a publicidade realizada no ambiente escolar é abusiva e, portanto, ilegal, tendo em vista que se aproveita, para fins mercadológicos, de um ambiente central na formação da linguagem e pensamento da criança.

De acordo com a Nota Técnica do MPSP, a compreensão da defesa do consumidor como direito fundamental, juntamente com os artigos 4º, 6º, 36 e 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, não deixa dúvida de que “as normas de defesa do consumidor, calcadas na proteção da criança como prioridade absoluta do Estado e da sociedade (art. 227, da Constituição Federal), impõem o dever legal de proibir a publicidade no interior de instituições escolares”⁴⁰.

Em abril de 2016, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ) expediu a Nota Técnica 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON sobre a abusividade das práticas de publicidade ao público infantil de produtos e serviços no ambiente escolar. Nos termos da nota técnica, merecem destaque o impedimento do exercício do poder familiar e o reforço da credibilidade do discurso publicitário em razão do ambiente no qual a ação de comunicação mercadológica se instala:

O ambiente onde a publicidade é praticada, além de impedir o exercício do poder familiar sobre a exposição das crianças ao apelo comercial, reforça nesse público a credibilidade do discurso e, por isso, se aproveita de sua natural credulidade. Como exemplo, tomem-se as atividades de campanhas comerciais de produtos realizadas em escolas com apresentações de supostas temáticas educativas, mas patrocinadas pelo interesse de difundir produtos, serviços, marcas e o desejo de consumi-los.

Como dito, tais ambientes representam segurança e confiança plena para as crianças, o que as tornam mais vulneráveis aos efeitos dos apelos, quaisquer que sejam. Mensagens publicitárias ambientadas na escola podem representar falsa isenção do discurso.

O convite à compra nesses ambientes, sem a possibilidade de clara identificação das intenções do discurso (o que é ainda mais peculiar para o público infantil), por si só representa uma abusividade, que se agrava quando o objeto do convencimento trata de produto alimentício não saudável.

Essa situação evidentemente restringe e impede os pais de exercerem de forma satisfatória o direito e o dever de exercer suas escolhas pelo comportamento de consumo de seus filhos. Quando a publicidade é praticada em locais destinados ao aprendizado infantil, é necessária sua restrição. (grifos nossos)

Conclui a Senacon, o órgão de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, nos termos do artigo 106 do CDC, pela ilegalidade desse tipo de prática, que, portanto, deve ser objeto de atuação dos órgãos de defesa do consumidor:

A estratégia comercial de fazer publicidade de produtos e serviços para crianças aproveitando-se da confiança depositada por elas e seus responsáveis no ambiente escolar e nos seus educadores, representa típica prática abusiva prevista no artigo 39, IV do Código de Defesa do Consumidor, porque prevalece a fraqueza ou ignorância desse público, tendo em vista sua idade e conhecimento, para impingir-lhe seus produtos ou serviços, além de configurar a publicidade abusiva exemplificada no artigo 37, § 2º do CDC, já que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, devendo ser objeto de intervenção e atuação dos órgãos de defesa do consumidor no exercício de seu poder de polícia.

As conclusões apresentadas na nota técnica da Senacon fundaram-se, além de no arcabouço legal vigente, na pesquisa divulgada em abril de 2016 “Publicidade infantil em tempos de convergência”, realizada a partir de termo de cooperação do órgão com o Grupo de Pesquisa da Relação Infância, Juventude e Mídia da Universidade Federal do Ceará (Grim).

Realizada em dezembro de 2014 com grupos focais compostos por 81 crianças de 9 a 11 anos, nas cidades de São Paulo, Fortaleza, Brasília, Rio Branco e Porto Alegre, a pesquisa buscou identificar a compreensão da criança sobre a publicidade, sua percepção das estratégias utilizadas e os impactos no seu bem-estar. Em seu relatório final é possível verificar que algumas crianças mencionaram ações publicitárias no ambiente escolar:

Situações de contatos com as marcas por ações de marketing nas escolas, também foram reportadas pelas crianças em um (1) grupo de escolas particulares e três (3) grupos de escolas públicas. *Crianças de escolas públicas de Brasília citaram um passeio da escola à fábrica de CocaCola em que os alunos ganharam mochila da marca; um concurso de soletrar promovido pela CocaCola; e também uma apresentação de Páscoa na escola promovida pela Lacta. Uma*

criança de escola pública de Porto Alegre mencionou ter juntado tampinha de Coca-Cola para ganhar brinde, num caso típico de venda casada, uma prática abusiva prevista no Código de Defesa do Consumidor.

É que a gente juntava cinco tampinhas e depois ia ao mercado e ganhava uma garrafinha. (menina, escola pública, Porto Alegre)

É, se conseguisse soletrar as palavras, a Coca-Cola estava lá, para entregar o tablet. Aí, ia ganhar o tablet da Coca-Cola, com o fone de ouvido no primeiro lugar; em segundo, ia ganhar um jogo; e, em terceiro, não em segundo, ia ganhar um telefone e... (menina, escola pública, Brasília)

[...]

Embora a escola tenha sido referida por pais das escolas públicas e privadas como sendo quem deveria ter o poder de decidir sobre os limites da propaganda, *esse foi um dos ambientes citados pelas crianças como sendo um espaço onde muitas ações publicitárias foram realizadas, inclusive com distribuição de brindes promocionais.*

[...]

Foi possível perceber que a escola vem sendo um espaço que o mercado utiliza em suas estratégias para estar mais próximo do universo infantil e que *falta a muitas instituições públicas e privadas o exercício da reflexão crítica sobre a publicidade e sobre o uso das tecnologias móveis dentro e fora do ambiente escolar.*⁴¹ (grifos nossos)

A título de exemplo, no campo legislativo municipal, duas normas merecem destaque por reforçarem a proibição geral da publicidade direcionada às crianças, inclusive no ambiente escolar.

Em 30 de julho de 2014, foi sancionada na cidade de Sorocaba, no estado de São Paulo, a Lei municipal 10.922, de 2014, que proíbe “toda a comunicação mercadológica dirigida ao público infantil no interior de instituições escolares da rede pública municipal de ensino”⁴².

Em fevereiro de 2016, entrou em vigor no Distrito Federal o Decreto 36.900, de 2015, que estabelece diretrizes para a promoção de alimentação saudável nas escolas públicas e privadas e proíbe (art. 4º) “a exposição, no ambiente escolar, de qualquer tipo de material

publicitário sobre alimentos não saudáveis”, de produtos como balas, pirulitos, gomas de mascar, biscoitos recheados, chocolates, algodão doce e confeitos em geral; refrigerantes, refrescos artificiais e bebidas achocolatadas; salgadinhos industrializados e biscoitos salgados tipo aperitivo; frituras em geral; pipoca industrializada e pipoca com corantes artificiais; bebidas alcoólicas, cerveja sem álcool e bebidas que contenham taurina ou inositol; alimentos industrializados cujo percentual de calorias provenientes de gordura saturada ultrapasse 10% das calorias totais⁴³.

7. Considerações finais

Por razões éticas e legais, é preciso que a criança seja preservada da má influência publicitária em sua infância, de maneira que possa desenvolver-se plenamente e alcançar a maturidade da idade adulta com capacidade de exercer plenamente seu direito de escolha.

As crianças não devem ser destinatárias de qualquer forma de publicidade a elas diretamente dirigidas, especialmente dentro do espaço escolar. Afinal, a publicidade não vende apenas produtos, mas propaga valores e desejos a eles atrelados, que também serão passados ao público infantil. Essa criança fidelizada comercialmente no ambiente escolar pode se tornar uma promotora de vendas dentro de casa, onde exigirá a aquisição do bem de consumo desejado, além de verdadeira parceira da marca, sua defensora e subscritora.

A escola deve ser um espaço institucional descompromissado com os interesses da indústria, muito embora não ignore sua presença no cotidiano e no imaginário das crianças, assim como dos meios de comunicação. Ademais, se por um lado a escola deve considerar a influência da publicidade e das marcas sobre os alunos, e inclusive trabalhar o tema, por outro não deve se equiparar a eles.

Cabe aos gestores públicos, aos docentes e a toda a comunidade escolar, o que inclui as famílias, atentar para os riscos dessa influência sobre as crianças e evitar a criação de currículos que não estejam a serviço de interesses comerciais. Cabe ainda à escola ver as crianças como alunos, e não consumidores ou simples espectadores⁴⁴. A escola não deve funcionar como anunciante, não deve se transformar em

um meio de comunicação mercadológica, não deve vender símbolos, produtos, ideologias ou valores de mercado. Deve sim promover a reflexão, o debate, em respeito à autonomia de sua proposta pedagógica e, sobretudo, à prioridade absoluta, à proteção integral e ao melhor interesse das crianças.

A escola deve abrir seu espaço ao lúdico, à brincadeira, ao ensino comprometido com a aquisição de autonomia pelos estudantes e o desenvolvimento de pensamento crítico. Pode trazer elementos externos para auxiliá-la em sua missão, mas com atenção aos objetivos reais dos interlocutores e aos impactos que tais ações podem representar na formação dos hábitos das crianças.

É preciso sempre ter em mente, mesmo nas ações mais sutis de empresas do ambiente escolar, que o objetivo fundamental das empresas é o lucro, não a educação das crianças, e, portanto, as ações publicitárias dentro das instituições de ensino impactam negativamente no que os estudantes aprendem e como aprendem, em detrimento delas e de toda a sociedade, como bem reforçam Molnar e Boninger⁴⁵:

Vale a pena repetir e deixar à frente de qualquer discussão sobre o envolvimento corporativo nas escolas: corporações são entidades centradas em negócios com um propósito – fazer dinheiro. Companhias de capital aberto são legalmente obrigadas a colocar os interesses de seus acionistas em primeiro lugar. Educar crianças não é a sua missão. Assim, o envolvimento empresarial com escolas necessariamente molda o que os estudantes aprendem, como aprendem e a natureza da escola e do meio ambiente da sala de aula em uma direção que favorece o ponto de partida corporativo e busca formatar os hábitos de pensamento que as crianças internalizam e levam com ela, em detrimento de todos nós. (tradução livre a partir do inglês)

Ao eliminar a publicidade das escolas, forma-se uma geração mais consciente e saudável, já que incentivar o consumismo na infância gera impacto na esfera ambiental, na saúde, na convivência social e comunitária, nas relações familiares e em todo o processo de desenvolvimento biológico, psíquico e social das crianças.

Notas

1. Ekaterine Karageorgiadis. Advogada do Instituto Alana. Graduada em Direito (Universidade de São Paulo). Especialista em Direito do Consumidor (Escola Paulista de Magistratura). Especialista em Infância, Educação e Desenvolvimento Social (Instituto Singularidades). Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Saúde Pública da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Conselheira do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea).
2. Marcus Tavares, *A linguagem Televisiva na Sala de Aula*, 1a. ed., Rio de Janeiro: Multifoco, 2009, p. 56.
3. “No início do século XX, educar exige um exercício de encontro, de busca, de eco e de significação das áreas do conhecimento (Matemática, Língua Portuguesa, Ciências, História, etc.) com os aspectos da chamada vida cidadã (saúde, sexualidade, vida familiar e social, entre outros) e com os valores. Educar, de acordo com alguns estudiosos, é pôr em prática um currículo integrado em diferentes aspectos. Mas o que ensinar nos dias de hoje? Eis uma das grandes questões epistemológicas que se coloca, atualmente à escola. Afinal, qual é o papel da escola diante de novas gerações conectadas com aparatos tecnológicos e eletrônicos, diante de gerações que estabelecem outras estratégias para se chegar ao conhecimento? Diante de gerações que, mesmo desprovidas de direitos, têm acesso à mídia, especialmente à televisão.” (Marcus Tavares, *idem*, p. 59)
4. *Idem*, p. 59.
5. Neil Postman, *O fim da educação: redefinindo o valor da escola*. Trad. José Laurenio de Melo. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.
6. Postman, *idem*, p. 39.
7. Postman, *op. cit.*, p. 41.
8. Postman, *op. cit.*, p. 41.
9. Rosely Sayão, *Ideologia do consumo na escola*. Disponível em *Jornal Folha de São Paulo*, *Caderno Equilíbrio*, <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/116873-ideologia-do-consumo-na-escola.shtml>. 2.7.2016.
10. Pesquisadores no Commercialism in Education Research Unit (CERU) do National Educational Policy Center (NEPC), da Universidade do Colorado, Boulder, nos Estados Unidos.
11. Alex Molnar e Faith Boninger. *Sold out: How marketing in school threatens children’s well-being and undermines their education*. Rowman & Littlefield, 2015, p. 3.
12. Molnar e Boninger, p. 115.
13. Nicolas Montigneaux, *Público-alvo: crianças – A força dos personagens e do marketing para falar com o consumidor infantil*. Trad. Jaime Bernardes. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 236.
14. Molnar e Boninger, *op. cit.*, p. 5.
15. Nesse sentido compromisso anunciado em abril de 2016 pela Associação Brasileira da Indústria de Refrigerantes e Bebidas Não Alcoólicas (ABIR). Disponível em: <<http://abir.org.br/abir/wp-content/uploads/2016/04/DiretrizesABIRsobreMarketingparaCrianças.pdf>>. Acesso em: 1.7.2016. E o compromisso assinado em 2009 por 24 empresas do

- setor alimentício perante a Associação Brasileira da Indústria de Alimentos (ABIA): Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2008/09/Compromisso_ABA_ABIA.pdf>. Acesso em: 1.7.2016.
16. Center For Science In The Public Interest (CSPI), *Pestering Parents: How Food Companies Market Obesity to Children*. Disponível em http://cspinet.org/new/pdf/pages_from_pestering_parents_final_pt_2.pdf. Acesso em 1.7.2016. Pg. 14. Tradução livre.
 17. Segundo o Relatório de 2014 da ONU sobre Direitos Culturais: “Mesmo quando as restrições à publicidade estão em dia, as dificuldades ou lacunas na implementação resultam de disposições legais e gerais, que requerem implementações localizadas de municípios, ou conselhos escolares, que, por vezes, desconhecem as regulamentações. As dificuldades na interpretação da lei também podem surgir (ver a resposta da Eslováquia)” (p. 17).
 18. Molnar e Boninger, *op. cit.*, p. 62.
 19. Molnar e Boninger, *op. cit.*, p. 94.
 20. Molnar e Boninger, *op. cit.*, p. 122.
 21. Molnar e Boninger, *op. cit.* p. 115.
 22. Susan Linn. *Crianças do Consumo A Infância Roubada*. Instituto Alana. 2006.
 23. Pesquisa Instituto de Pesquisa Datafolha, pesquisa realizada em Maio de 2011 (2.061 entrevistados). Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/285218079/Pesquisa-Datafolha-2011>. Acesso em 10.7.2016.
 24. “Art. 6º São direitos sociais a **educação**, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (grifos nossos)
 25. “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”
 26. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (grifos nossos)
 27. Molnar e Boninger, *op. cit.*, p. 67.
 28. “A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários. O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.” (Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto. São Paulo: Forense, p. 299-300.)

29. Erling Bjurström, Children and television advertising. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/137315924/A-crianca-e-a-propaganda-na-TV-Erling-Bjurstrom-children-tv-ads-bjurstrom-port>>. Acesso em 10.7.2016.
30. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/Issues/CulturalRights/Pages/impactofadvertisingandmarketing.aspx>>. Acesso em: 14.7.2016.
31. Versão em português disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/noticias/para-onu-publicidade-infantil-e-acoos-de-marketing-em-escolas-devem-ser-proibidas/>>. Acesso em: 15.7.2016, p 16.
32. ONU, *op. cit.*, p. 16.
33. ONU, *op. cit.*, p. 17.
34. ONU, *op. cit.*, p. 17.
35. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/noticias/mec-pede-o-fim-da-pulicidade-nas-escolas/>>. Acesso em: 13.7.2016.
36. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2013/08/Nota-T%C3%A9cnica-MEC.pdf>>. Acesso em: 13.7.2016.
37. Os shows do Ronald McDonald são apresentações realizadas pela mascote da rede de restaurantes Arcos Dourados Comércio de alimentos Ltda. ('Mc Donald's') em instituições públicas e privadas de educação infantil e fundamental. Durante o evento as crianças são entretidas e expostas intensivamente à marca McDonald's.
38. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/boletim_consumidor>. Acesso em: 15.7.2016.
39. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/eventos/seminario-publicidade-em-escolas/>>. Acesso em: 15.7.2016.
40. Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/Nota-tecnica_publi-em-escolas.pdf>. Acesso em: 15.7.2016.
41. Inês Sílvia Vitorino e Andrea Pinheiro Cavalcante Paiva (coord.), Publicidade Infantil em tempos de convergência, Sampaio, Universidade Federal do Ceará, 2016, p. 163, 164 e 188. Disponível em: <http://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/publicidade_infantil.pdf> Acesso em: 26.7.2016.
42. "Art. 1º Fica proibida toda a comunicação mercadológica dirigida ao público infantil no interior de instituições escolares da rede pública municipal de ensino. Art. 2º Para os fins desta Lei são estabelecidas as seguintes definições: I – comunicação mercadológica: compreende toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou meio utilizado; II – infantil: pessoa até doze anos de idade incompletos, na forma do Art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069/1990. Art. 3º O Poder Executivo Municipal regulamentará esta Lei no que couber. Art. 4º As despesas com a execução da presente Lei correrão por conta de verba orçamentária própria. Art. 5º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação." Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/lei10922-2014/>>. Acesso em: 13.7.2016.
43. Disponível em: <<http://criancaconsumo.org.br/noticias/df-reforca-proibicao-de-publicidade-nas-escolas>>. Acesso em: 13.7.2016.
44. Solange Medina Ketzler. A criança, a produção cultural e a escola. In *A criança e a produção cultural – do brinquedo à literatura*. Sissa Jacoby (org.), Porto Alegre: Mercado Aberto, 2003. p. 11-27.
45. *Op. cit.*, p. 131.

**YOUTUBERS MIRINS,
NOVOS INFLUENCIADORES
E PROTAGONISTAS DA
PUBLICIDADE DIRIGIDA
AO PÚBLICO INFANTIL:
UMA AFRONTA AO CÓDIGO DE
DEFESA DO CONSUMIDOR E ÀS LEIS
PROTETIVAS DA INFÂNCIA**

CLAUDIA PONTES ALMEIDA¹

Advogada do Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do
Consumidor

EXCERTOS

“Em alguns casos a publicidade abusiva é identificada diante de uma lesividade escancarada aos bens jurídicos tutelados pela vedação legal”

“A infância dever ser protegida contra a publicidade, pois toda publicidade direcionada à criança é abusiva”

“Qual a publicidade direcionada à criança que não é considerada abusiva? Nenhuma, já que as crianças possuem deficiência de julgamento e são inexperientes”

“Os apelos comerciais abusivos, especialmente os direcionados às crianças, não incomodam a maioria dos pais, o que representa um grande desafio para os militantes que defendem a infância sem consumismo”

“As leis que protegem as crianças contra a publicidade infantil veiculada na televisão são as mesmas que devem proteger as crianças que assistem os conteúdos postados no Youtube”

1. Introdução

O conceito de publicidade enganosa soa familiar aos consumidores brasileiros. Mesmo aqueles que nunca tiveram acesso ao conceito previsto no Código de Defesa do Consumidor – CDC conseguem identificar quando são vítimas de uma propaganda enganosa. Isso se dá porque a sensação de ter sido enganado constrange o consumidor e causa a imediata necessidade de cumprimento do que foi ofertado, o consumidor exige essa reparação mesmo sem saber que o código consumerista prevê esse direito. A solução nos casos de publicidade enganosa é simples, quase intuitiva e está prevista no artigo 35 do Código de Defesa do Consumidor, especificamente no inciso I, que dá ao consumidor o direito de exigir o cumprimento forçado do que foi ofertado.

A Lei 8.078/90, que introduziu no ordenamento jurídico o CDC, traz o conceito de publicidade enganosa de forma objetiva, o que auxilia o consumidor a exercer seus direitos, como se vê:

Artigo 37, § 1º – É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

No entanto, a mesma objetividade não se pode aplicar para se identificar uma publicidade abusiva, mesmo com o conceito expresso no código consumerista, existe certo grau de subjetividade para identificar a referida publicidade, o que dificulta, muitas vezes, o imediato convencimento dos responsáveis por impedir seus efeitos, ao contrário do que acontece com a publicidade enganosa que é identificada com maior facilidade:

Artigo 37, § 2º – É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de

juízo 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.

A dita subjetividade não se dá pela falta de clareza na definição de publicidade abusiva, mas pela carga interpretativa que se pode utilizar para identificá-la, isso porque, por exemplo, para uns o que é nitidamente discriminatório pode ser interpretado, por outros, como pura manifestação de liberdade de expressão.

Em que pese uma interpretação menos objetiva, em alguns casos a publicidade abusiva é identificada diante de uma lesividade escancarada aos bens jurídicos tutelados pela vedação legal, a saber: dignidade (ao se proteger os consumidores contra publicidade *discriminatória de qualquer natureza*); integridade física (a proteção dada aos consumidores contra a *incitação à violência*); integridade psíquica (ao vedar a publicidade que *explore o medo ou a superstição*); a infância (ao prever como abusiva toda publicidade que “*se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança*”, o objeto tutelado é a própria infância, que engloba outras tuteladas, como a vida, a integridade [física, psíquica e moral], a liberdade, a dignidade e o respeito); o meio ambiente (ao vedar publicidade que *desrespeita valores ambientais*); a vida (ao proibir publicidade que induza o consumidor a se *comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança*).

Logo, diante de tantos bens jurídicos tutelados, não é demais afirmar que a vedação contra a publicidade abusiva protege a coletividade, tendo em vista que se protege os idosos, as pessoas de qualquer etnia, crença, religião, a integridade, dignidade, o meio ambiente e a infância.

Pois bem, a infância dever ser protegida contra a publicidade, pois toda publicidade direcionada à criança é abusiva. E neste ponto não há que se falar em critérios subjetivos ou necessidade de interpretação mais aprofundada, já que toda comunicação mercadológica dirigida às crianças é ilegal. Em que pese ainda persistirem vários meios de burlar a lei para que as empresas se comuniquem diretamente com as crianças, influenciando-as para a aquisição dos mais diversos produtos,

o escopo deste artigo é sinalizar o potencial de influência dos youtubers mirins que, de forma *oblíqua e dissimulada*², têm realizado publicidade direcionada às crianças, fomentando o consumismo e deformando a infância.

2. O Youtube e os youtubers de 1ª, 2ª e 3ª geração

Dizer que a TV é uma janela para o mundo faz sentido, mesmo sabendo que o mundo visto por essa janela tem pouca coisa de real. Mas quem precisa de realidade, se esta já pode ser vista no espelho e através das janelas reais? Ligar a televisão e assistir uma novela é um passaporte para um mundo em que muitas pessoas de alguma forma tentam se encaixar, como uma maneira de esquecer a realidade ou uma autoprojeção daquilo que se espera para si.

Entre a ficção e a realidade, o fato é que a televisão sempre foi um meio eficaz de comunicação, especialmente de comunicação mercadológica; as novelas sempre venderam estilo de vida para fomentar o mercado e vender produtos e serviços.

O que se vende nos comerciais é irrelevante diante do que se vende com as personagens especialmente criadas para atender as expectativas do público, para encantar e fidelizar os telespectadores. A pulseira da mocinha da novela das sete, o esmalte da vilã da novela dos oito, o carro do galã... não faltam exemplos de comunicação mercadológica bem-sucedida com recordes de vendas.

Se a televisão, uma janela limitada para o mundo, vez que com programação restrita em razão de horários fixos, já vendeu e ainda vende ideais, produtos e serviços, sendo extremamente eficaz em matéria de comunicação de massa, imaginem um veículo de comunicação que abra uma janela ilimitada para o mundo? Um mundo onde o receptor da comunicação abandona o papel de espectador, de observador, e passa da condição de sujeito passivo para sujeito interativo e até ativo do conteúdo que vai assistir. Tendo em suas mãos o poder de escolher o que vai assistir, na hora que puder, quantas vezes quiser assistir. E muito melhor do que isso: criar o conteúdo que vai assistir!

Não é surpresa dizer que esse veículo já existe, há pouco mais de dez anos (maio de 2005). Inspirado por uma “necessidade” de compartilhar

vídeos, nasceu a plataforma virtual de armazenamento de vídeos chamada Youtube. Já existiam outros espaços virtuais com a mesma finalidade; contudo, a possibilidade de acompanhar a quantidade de visualizações de cada vídeo postado e, desta forma, mensurar a sua popularidade, somado ao fato nada irrelevante de ter sido adquirido pela gigante Google, deve ter contribuído para a enorme aceitação deste produto que hoje é referência, quase isolada, em site de vídeos.

No começo o que se buscava com a utilização da plataforma de vídeos era compartilhar a parte mais engraçada de um programa de TV, o descuido de alguma celebridade, experiências pessoais em viagens, locais turísticos, eventos inusitados, curiosidades, espetáculos, vídeos musicais, catástrofes naturais ocorridas pelo mundo sob o ponto de vista de quem estava lá no momento do ocorrido, enfim, puro entretenimento.

Entretanto, o primeiro vídeo que atingiu um milhão de visualizações, e que viralizou³ no Youtube foi um vídeo feito pela Nike com Ronaldinho Gaúcho⁴. Nele o famoso jogador de futebol dá um show de domínio de bola em 2'45" de entretenimento patrocinado pela chuteira branca e dourada da Nike, o que certamente ocasionou a venda de muito mais que um milhão de pares, mostrando que entretenimento não precisa ser puro, pode ter pitadas de comunicação mercadológica.

Nessa janela para o mundo ilimitado de entretenimento, o espectador pode ser mais que um observador; ele pode interagir (postar comentários), avaliar o conteúdo (sinalizando com *like* e *deslike*) e, incrivelmente, mudar sua posição de destinatário do conteúdo para produtor de conteúdo e, assim, se tornar um youtuber.

Todavia, carregar vídeos e armazená-lo no Youtube não faz do internauta um youtuber. Para tanto é preciso produzir o que será postado. As produções no Brasil⁵ começaram com jovens que viram no canal mais do que entretenimento, enxergaram uma forma de mostrar talento, de criar conteúdo que não se podia e não tinha liberdade de ser criado na televisão, uma forma de empreendedorismo, de ser chefe de si mesmo, de ganhar dinheiro, ficar famoso, dar autógrafos e virar celebridade.

Aos pioneiros no ramo de produção de conteúdo para o Youtube deu-se o nome de youtubers de primeira geração, que inspiraram outros

jovens, diga-se mais jovens ainda, que pensaram “eu também posso fazer isso” e fizeram. Para alguns essa coisa de ter canal no Youtube e produzir conteúdo deu certo e surgiram os youtubers de segunda geração ou youtubers teens.

O “eu também posso fazer isso” alcançou as crianças que, com o auxílio dos pais, começaram a postar vídeos, fazer canais, colecionar assinantes, ter audiência e foi assim que surgiu a chamada terceira geração de youtubers, também conhecida como geração zero, ou simplesmente youtubers mirins.

Contudo, com o nascimento dessa geração de crianças produtoras de conteúdo para o Youtube, nasceu também mais uma forma de entretê-las, com um entretenimento nada puro, patrocinado pelas mais perversas formas de fazer publicidade direcionada ao público infantil, ignorando totalmente as leis protetivas da infância e de defesa do consumidor. É exatamente este o ponto central deste artigo: a publicidade direcionada ao público infantil, especialmente pelos canais do Youtube protagonizados pelos youtubers mirins.

3. Os youtubers mirins e a abertura de uma janela colorida para a ilegalidade

No início deste texto se falou da TV como uma janela para o mundo, deu-se o exemplo de como as pessoas entram neste mundo mesmo sabendo que muitas coisas não são reais. Não foi dito, mas as pessoas mencionadas na introdução deste artigo são adultas que têm discernimento, sabem que uma novela é uma ficção, e ainda assim podem não entender o motivo de sentirem uma vontade incontrolável de comprar uma pulseira, uma determinada cor de esmalte ou outros produtos que foram usados pelos mocinhos e vilões das novelas, mas mesmo assim compram.

Toda a comunicação mercadológica transmitida pela televisão, não só nos comerciais, mas em toda a programação, faz parte do show, é o preço pelo entretenimento, e é assim desde que a televisão entrou nos lares e abriu essa possibilidade de mostrar e vender os produtos e serviços para os observadores e potenciais compradores. Mas o preço do show é limitado – isso quer dizer que existem regras para a

publicidade, não somente as regras que regulam o setor, mas também regras que protegem os consumidores, a sociedade e a infância.

Neste ponto é importante ressaltar que as leis brasileiras são suficientes para proteger a sociedade contra a publicidade considerada abusiva e enganosa, como já dito na introdução deste texto, com conceitos bem definidos no Código de Defesa do Consumidor. Já as crianças possuem proteção mais abrangente que os consumidores adultos, começando pela Constituição da República Federativa do Brasil, a carta maior, que prevê o princípio da prioridade absoluta⁶ para proteção dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes.

O direito das crianças também é protegido pelo ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, pela Resolução 163 do Conanda⁸ – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e pela mais recente lei protetiva da infância, a Lei 13.257/16, em vigor desde 8 de março de 2016, intitulada Marco Civil da Primeira Infância, que protege os pequenos contra a pressão consumista e não deixa qualquer dúvida de que a comunicação mercadológica deve ser afastada da infância:

Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, *bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.*

Com todas essas leis, qual a publicidade direcionada à criança que não é considerada abusiva? Nenhuma, já que as crianças possuem *deficiência de julgamento* e são *inexperientes*. Isso ocorre porque as crianças possuem uma condição especial de “ser em formação” e, por este motivo, possuem assegurado com *absoluta prioridade* o exercício de seus direitos fundamentais, entre eles o direito à *dignidade, ao respeito* e à *inviolabilidade de valores*.

Logo, a publicidade direcionada à criança por si só é abusiva, vez que consegue violar todas as normas que dão proteção à infância. Não é segredo para ninguém que a publicidade potencializa o consumismo

nos adultos e que esse exagero em consumir também tem afetado as crianças, muito pelas programações infantis televisivas, mas muito mais por veículos como o Youtube. Importa dizer que o consumismo é uma preocupação para sociólogos, antropólogos, ambientalistas, alguns pais e defensores de uma infância saudável.

Não é difícil achar conceitos e alertas sobre o consumismo nos livros de direito do consumidor. E, por mais incrível que pareça, os alunos de publicidade também estudam sobre os efeitos do consumismo, como se observa com a leitura do trecho a seguir, extraído de um clássico livro de propaganda de coautoria de Armando Sant'Anna⁹:

Há tempos, como maior ênfase a partir dos anos 1960, levantaram-se questões sobre o exagero no nível de consumo e na utilização de estratégias de marketing e de propaganda extremamente agressivas, promovendo a obsolescência programada. O que, acelerando o consumo com motivações não pautadas em funcionalidade (mas em *status* e outros sentimentos de pertencimento e de posse), levaria a uma sociedade pautado no TER e não no SER, gerando exclusões e perdas sociais graves, em alguns casos, em função do modelo econômico daí decorrente.

É essa promoção do *ter* e não do *ser* que tem deformado as crianças que assistem as programações televisivas com apelos consumistas e as contaminado de forma muito mais evasiva com os conteúdos postados pelos youtubers mirins mais famosos, ou seja, os que possuem mais assinantes em seus canais e com audiência considerável, como será exemplificado em tópico próprio.

Normalmente, os consumidores adultos se incomodam com a publicidade enganosa, conhecem bem o conceito e exigem o cumprimento do que foi ofertado. Já os apelos comerciais abusivos, especialmente os direcionados às crianças, não incomodam a maioria dos pais, o que representa um grande desafio para os militantes que defendem a infância sem consumismo.

Não dá para falar de infância e consumismo sem mencionar e parabenizar o trabalho do Projeto Infância e Consumo do Instituto Alana, que completou 10 anos de uma árdua batalha contra gigantes,

com vitórias inesperadas de mudança de comportamento de pais, educadores e até grandes empresas que se comprometeram a deixar de veicular material publicitário que tenha como alvo as crianças. O projeto tem inspirado e contribuído para que pais e educadores multipliquem as informações de alerta sobre os males do consumismo, como a adultilização, sexualização precoce, criminalidade e obesidade infantil.

Neste sentido, destaca-se o Movimento Infância Livre de Consumismo – MILC, com forte atuação nas redes sociais, conduzido por um grupo de mães ativistas, que teve início em 2012, e tem diariamente alertado a sociedade contra os males que o consumismo causa à infância e fomentado a discussão sobre o tema com foco na proteção da própria infância.

Mesmo com engajada atuação dos movimentos sociais, de um modo geral, não se consegue evitar que as publicidades abusivas direcionadas às crianças sejam veiculadas. Quando isso acontece, os órgãos e entidades de defesa dos consumidores e da infância denunciam aos órgãos competentes, na maioria das vezes quando a publicidade já causou os danos que se pretendia evitar, e o comercial sai do ar.

Eficaz ou não, existe repressão contra a publicidade abusiva, e é fato que se reconhece que a publicidade é limitada pelas leis que protegem os consumidores e a infância. Entretanto, essa limitação não se restringe à programação televisiva; todas as leis aplicáveis à publicidade feita na TV aplicam-se também aos demais veículos de comunicação, como o Youtube.

Nesse ponto, deve-se destacar que essas leis não se aplicam apenas às publicidades reconhecidas pelos gestores do Youtube, aqueles comerciais que são veiculados antes dos vídeos selecionados, mas também à publicidade “oblíqua e dissimulada” veiculada no conteúdo feito pelos pequenos youtubers.

Antes de prosseguir, é importante deixar registrado que os youtubers mirins são crianças, e também são protegidos por todas as leis mencionadas neste artigo, e até por outras não ditas, já que nitidamente são submetidos a uma rotina que não é natural para as crianças. Uma rotina que pode ser chamada de trabalho, já que para ser um youtuber e manter um canal é necessário um compromisso com os assinantes de

postar vídeos com certa assiduidade (a maioria dos youtubers mirins posta vídeos diariamente e até com horário marcado) e de participar de encontros e tardes de autógrafos, rotina esta que faz parecer que ser youtuber é mais que diversão, sendo também uma profissão e, logo, um trabalho. Um trabalho que tem dado trabalho aos defensores da infância e aos pais mais atentos, já que tem deformado a garotada de uma maneira cruel: usando as crianças para vender para crianças, vendendo mais do que produtos, mas um estilo de vida pautado no consumismo desenfreado, que se encaixa perfeitamente no conceito de “*ter* é mais importante do que *ser*”.

No livro infantil *O Jardim Secreto*, de Frances Hodgson Burnett, um médico que por anos cuida de uma criança que não anda reconhece a melhora do pequeno paciente quando este começa a conviver e brincar com uma prima da mesma idade e, ao reconhecer que o convívio com a menina foi mais eficaz que seu tratamento, ele diz: “criança precisa de criança”.

O livro pode ser uma ficção, mas a frase é uma realidade, e poderia ser complementada com “criança acredita em criança”, e essa é a parte cruel que colore a janela, a credibilidade que as crianças que assistem os youtubers mirins depositam em tudo que eles fazem, dizem e vendem.

Daí a ilegalidade exacerbada: abusa-se da ingenuidade e confiança natural das crianças usando outras crianças para lançar e demonstrar produtos e até serviços direcionados ao público infantil.

Como diria uns dos personagens do cartunista Maurício de Souza, criador da Turma da Mônica, campeão nacional de produtos licenciados para o público infantil e árduo defensor da publicidade direcionada aos jovens consumidores: “Esse plano é infalível”. Sim, é infalível usar crianças para encantar e seduzir outras crianças, e vender o que quiser vender; basta mandar um presentinho para algum youtuber mirim com milhares de assinantes e ele postará um vídeo abrindo o produto, mostrando todas as suas qualidades e “brincando” com o incrível presente por mais de dez minutos. Pronto! Depois é só administrar a

Abusa-se da
ingenuidade e
confiança natural
das crianças
usando outras
crianças para lançar
e demonstrar
produtos

produção e a logística para que o produto não falte nas lojas, pois os consumidores mirins certamente chegarão.

As ações dos youtubers mirins, além de infalíveis para as empresas que promovem seus produtos, apresentam uma forma de entretenimento nada instrutiva, sem qualquer preocupação com o conteúdo no que tange aos valores que serão passados, já que a escolha do conteúdo tem como base a audiência, no caso o número de visualizações, pois os youtubers são remunerados pelo próprio Youtube e essa remuneração é calculada com base no número de visualizações, *likes* e tempo que o internauta usa para assistir ao vídeo.

A ausência de conteúdo educativo nos vídeos postados nos canais protagonizados pelos youtubers mirins é apenas um detalhe perto da exposição demasiada das crianças apresentadoras dos canais, que têm vários momentos de suas vidas privadas postados e logo transformados em públicos, com postagens de vídeos gravados em cenários que deveriam ser íntimos como banheiros e quartos.

Assistindo aos vídeos protagonizados pelos jovens apresentadores se vê, com facilidade, uma forte semelhança no seu formato com os chamados *realities* shows, o que representa uma grave lesão à infância nos dois lados da janela colorida, tanto para quem assiste quanto para quem é assistido.

Essa exposição da vida privada das crianças-youtubers, publicitando momentos que deveriam ser íntimos, somada a uma “obrigação” de gerar conteúdo que aumente ou pelo menos mantenha a audiência do canal, é estressante demais para qualquer pessoa, ainda mais para um ser em formação.

Para os pequenos internautas, esse formato de entretenimento baseado na “realidade”, potencializa ainda mais a credibilidade depositada nos vendedores mirins que são vistos como “verdadeiros amigos”.

A filósofa Marilena Chauí, no livro *Simulacro e Poder* – uma análise da mídia, explica com maestria essa credibilidade transmitida pelas personalidades:

Qual a base de apoio da credibilidade e da confiabilidade? A resposta encontra-se em outro ponto comum aos programas de auditório, às entrevistas, aos debates, às indagações telefônicas de

rádios, revistas e jornais, aos comerciais de propaganda. Trata-se do apelo à intimidade, à personalidade, à vida privada como suporte e garantia da ordem pública. Em outras palavras, os códigos da vida pública passam a ser determinados e definidos pelos códigos da vida privada, abolindo-se a diferença entre espaço público e espaço privado.

Os youtubers mirins têm se tornado celebridades, de modo que possuem fãs, publicam livros, fazem tarde de autógrafos e vendem um estilo de vida, com muito glamour, para milhares de crianças que não se satisfazem mais em apenas ter os brinquedos que eles têm. A influência dos youtubers mirins tem inspirado outras crianças a criarem seus próprios canais, o que poderá eternizar esse tipo de entretenimento nada saudável à infância.

4. Youtubers mirins e os números

Muito se tem debatido com relação à publicidade direcionada ao público infantil veiculada na TV, comerciais, merchandising¹⁰ e ações de marketing feitas nas escolas. Não há dúvidas que todas essas atividades influenciam e deformam as crianças, mas a eficácia desse novo canal de publicidade é inquestionável.

Falando um pouco sobre merchandising, no Brasil esse termo é utilizado de forma usual para denominar ações de marketing feitas na televisão, como explica o doutrinador Armando Sant'Anna:

No Brasil, há um fenômeno também chamado simplesmente de merchandising, que é a utilização simulada de produtos ou serviços por atores, principalmente em filmes e novelas. Nesse setor, liderado pela Rede Globo, as emissoras de televisão constituíram departamentos de merchandising que vendem espaços em suas novelas e outros programas para empresas que queiram veicular seus produtos como parte dos hábitos e costumes dos personagens ou apresentadores.

Embora o doutrinador coloque como líder em utilização simulada de produtos a Rede Globo, não se pode deixar de citar a adaptação

das novelas mexicanas Carrossel e Chiquititas, feitas pelo canal SBT – Sistema Brasileiro de Televisão, que bateram todos os recordes de lançamento de produtos direcionados ao público infantil. Para se ter uma ideia, a novela Chiquititas ficou dois anos no ar com 545 capítulos e teve 350 produtos licenciados¹¹. Já a novela Carrossel, além de lançar centenas de produtos para o público infantil, foi além, e praticou merchandising infantil, atividade proibida até pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (Conar).

No caso, a emissora fez uma cena com uma criança entrando numa loja de chocolates e comendo demasiadamente o produto, como se não bastasse ver o garoto degustando o alimento altamente calórico, um personagem de um médico conversava com a personagem de uma professora e ressaltavam os benefícios do chocolate. A emissora de TV foi condenada em R\$ 700 mil por danos morais coletivos, mas em que pese a judicialização da ação ilegal feita pelo canal de TV e o entendimento proferido pelo magistrado, no sentido de que a emissora “*valeu-se da ingenuidade, da falta de perspicácia e da imaturidade do público infantil para dele se aproveitar economicamente*”, os danos que se queria evitar ao proibir tão conduta não foram evitados, e todos os milhares de telespectadores mirins receberam a mensagem de que o chocolate é um excelente alimento para as crianças, marcando-se um ponto para o fomento da obesidade infantil com a publicidade de alimento não saudável¹².

As novelas infantis veiculadas pelo SBT em várias oportunidades deram ao canal a vice-liderança em audiência. A novela Carrossel, por exemplo, já gerou dois filmes, um musical e uma série de desenho animado. A sua atual reprise tem contribuído para o licenciamento de mais produtos e batido recordes de audiência, chegando ao pico de 16.1 e média de 14 pontos, superando a audiência da estreia da novela que se deu em 2012, quando alcançou 13,4 pontos¹³.

Segundo o Ibope – Instituto Brasileiro de Opinião e Estatística, empresa que atua no ramo de pesquisas de audiência televisiva, um ponto de audiência no mercado nacional, em 2016, já que os números oscilam com base em estimativas populacionais, equivale a 684.202 telespectadores.

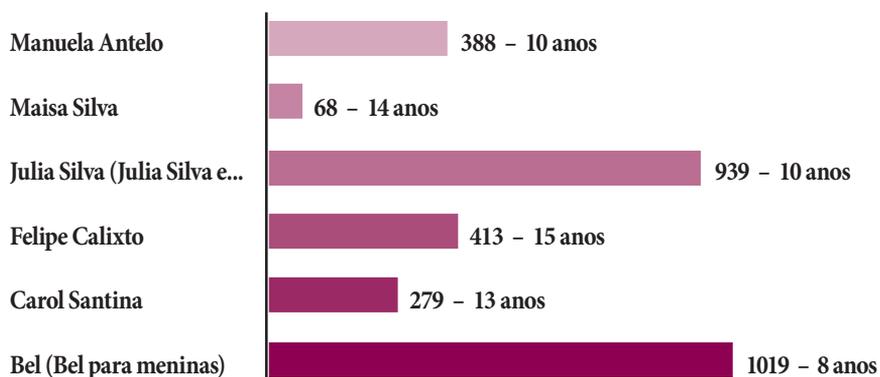
Logo, o alcance da reprise da novela Carrossel é de aproximadamente 10 milhões de telespectadores, claro que a maioria infanto-juvenil. Esses números são impactantes, ainda mais considerando que a criança tem contato com a novela uma vez por dia, por aproximadamente uma hora, cinco vezes por semana, com horário marcado.

Contudo, fazendo um comparativo com os canais dos apresentadores mirins no Youtube, os números deste são ainda mais impactantes e assustadores, já que as crianças podem ter acesso ao conteúdo a qualquer hora do dia, todos os dias da semana e podem assistir ao mesmo conteúdo quantas vezes quiserem.

Para se ter uma ideia dos números que os youtubers mirins representam, foi feita uma coleta de dados nos canais de alguns produtores de conteúdo que têm se destacado nesta atividade. Cumpre acrescentar que esse universo de apresentadores mirins tem aumentado consideravelmente, mas nem todos conseguem o *status* de “youtuber mirim” a ponto de serem procurados pelas empresas, convidados para comerciais, de publicarem livros, enfim, tornarem-se celebridades.

Como já foi dito, para manter um canal no Youtube e fidelizar assinantes é preciso um comprometimento com a postagem de vídeos com certa periodicidade; não há uma regra preestabelecida, a frequência com que os vídeos são postados é escolhida pelo próprio youtuber (no caso dos mirins, essa escolha provavelmente é feita por seus assessores, pais ou responsáveis):

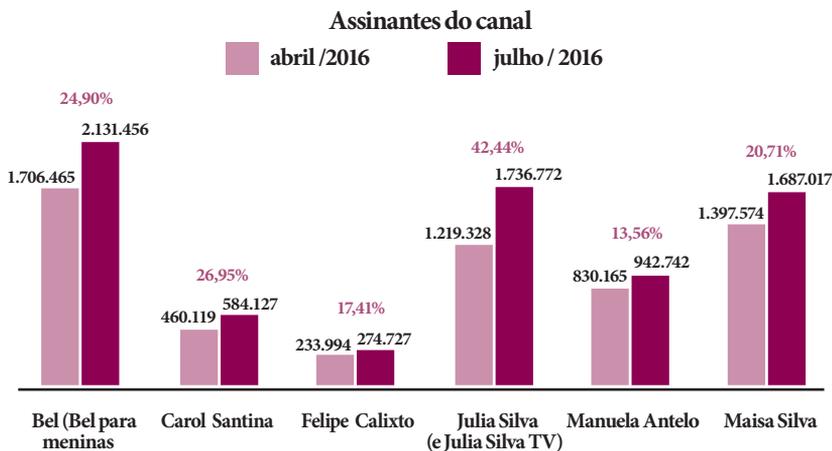
Vídeos Postados



A quantidade de vídeos postados faz parte do acervo do youtuber e os vídeos ficam disponíveis no canal, podendo ser localizados com o auxílio de ferramentas de busca nominal, por antiguidade e por maior popularidade. No gráfico acima, acrescentou-se a idade dos youtubers pesquisados para demonstrar pelo menos dois pontos: (a) primeiro, há adolescentes que produzem conteúdo para o público infantil, o que não afasta a ilegalidade da conduta nem diminui o potencial de convencimento e credibilidade depositado no conteúdo que eles divulgam, já que a linguagem e os produtos apresentados são direcionados às crianças; (b) segundo, as crianças youtubers destacam-se pelo volume de vídeos postados – abaliza-se que os canais das youtubers de 8 e 10 anos relacionadas no gráfico postam vídeos diariamente e começaram suas carreiras com 6 anos de idade.

Vale destacar que uma criança de 8 anos de idade com mais de mil vídeos postados é um número bem significativo, ainda mais se comparado com o canal Porta dos Fundos¹⁴, o maior canal brasileiro no Youtube, com 12.241.881 assinantes e 563 vídeos postados (em 18 de julho de 2016), destacando que o referido canal foi criado em 12 de março de 2012, enquanto o canal Bel para Meninas¹⁵ foi criado em 10 de agosto de 2013 e totaliza 1.019 vídeos postados.

A quantidade de assinantes do canal também foi coletada e relacionada em gráfico. Para demonstrar o potencial dos canais, foi feito um apanhado de dados com uma diferença de aproximadamente três meses (29 de abril/2016 e 18 de julho/2016), como se vê:



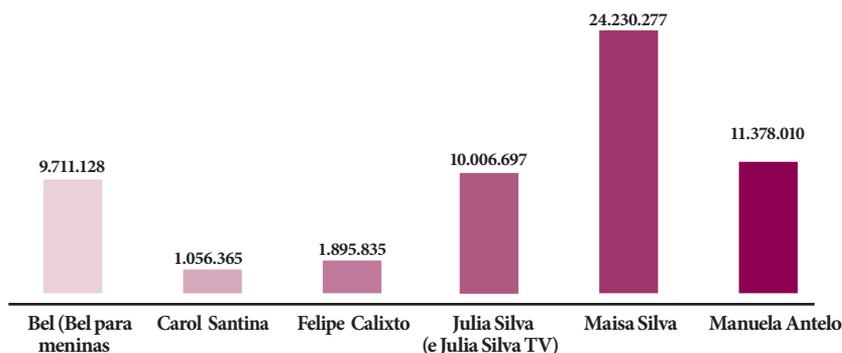
A comparação de crescimento do número de assinantes aponta com clareza o potencial de alcance dos youtubers mirins que, em menos de três meses, alcançaram um aumento significativo de adeptos em seus canais. Em percentual, o canal que mais obteve crescimento neste período apresentou um acréscimo de 42,44%, que em números equivale a 517.443 novos assinantes.

Importa mencionar que quando um usuário do Youtube opta por assinar um canal ele recebe notificações de todos os vídeos que são postados. Logo, quando um youtuber mirim posta um vídeo, todos os seus assinantes serão informados que um novo vídeo está disponível para ser assistido.

Cientes desses números, evidencia-se o interesse das empresas em mandarem “presentes” para os youtubers para serem abertos em seus vídeos, já que podem contar com um público-alvo bem definido que terá acesso ao produto ou serviço que querem divulgar.

Não são apenas os assinantes que têm acessos aos vídeos postados, mas qualquer usuário do Youtube, o que possibilita que os vídeos sejam visualizados por inúmeros internautas:

Vídeo mais acessado



Dos vídeos mais acessados de cada canal pesquisado, o único que não está demonstrando algum produto é o vídeo do canal da Maisa Silva, que se refere a um clipe musical.

Evidencia-se com os números dos vídeos mais populares de cada canal que a quantidade de assinantes não limita a audiência dos vídeos. Ademais, os vídeos ficam à disposição dos novos internautas, que

poderão assisti-lo quando quiserem, diferente do que ocorre com a programação da televisão, que depende da vontade da emissora para promover uma reprise.

Nos conteúdos protagonizados pelos youtubers mirins a publicidade é velada e o entretenimento tão dissimulado que não enganam somente as crianças, mas também os pais que, em sua grande maioria, ainda não conseguem ver qualquer ilegalidade no conteúdo que os seus filhos assistem nos canais infantis.

5. O conteúdo dos vídeos protagonizados pelos youtubers mirins

Não tem violência, nem palavrão, nem apelo sexual aparente. Então qual o problema que pode ter em deixar seu filho assistir a uma criança bem articulada, produzida, falando de forma animada sobre um brinquedo, uma brincadeira, um desafio, mostrando o seu quarto novo ou detalhando os itens que possui no seu banheiro? Num primeiro olhar, nenhum.

Mas ao prestar atenção na forma como todos os enredos dos vídeos de alguma maneira conduzem à compra de um produto ou fomentam um estilo de vida unicamente baseado no consumo, o segundo olhar passa a ser mais crítico, enxergando várias ilegalidades.

Neste ponto, serão transcritos alguns trechos de vídeos pesquisados em que se identificou algum tipo de ilegalidade ou fomentação ao consumo infantil.

5.1 Abrindo “presentes”

Enviar “presentes” para os youtubers mirins se tornou uma prática bastante comum para os fabricantes, não só de produtos infantis, mas de alimentos, acessórios para a casa, tudo que pode ser divulgado de forma barata e eficaz.

Com relação ao custo de uma publicidade feita pelos vendedores mirins, não se sabe ao certo se é apenas o valor do produto enviado ou se as empresas fazem um contrato com os responsáveis pelos youtubers. De qualquer forma, certamente o custo da publicidade feita pelos pequenos vendedores é menor do que todo o custo que envolve

um comercial televisivo. Já a eficácia é evidente diante dos números apresentados e alcançados pela 3ª geração de apresentadores do Youtube.

Os apresentadores mirins mais famosos já possuem uma programação mensal destinada, exclusivamente, a apresentar os “presentes” que foram recebidos, e a forma como os presentes são abertos revela a “experiência” dos youtubers em demonstrar os produtos. Alguns trechos:

Eu vou começar pelas Fofoletes das princesas que eu ganhei da Estrela. Olha que bonitinhas, essa daqui é a Aurora e o legal é que você pode tirar a saia e fica como se fosse um pijaminha e você pode fazer a festa do pijama delas. É muito legal para brincar. Essa aqui é a Branca de Neve e também tira a saia. Tem a Bela do filme a Bela e a Fera, também tira... todas tiram. E aqui também tem a Cinderela. Todas são muito bonitinhas e eu adorei essa coleção. Adoro as Fofoletes. Brigada Estrela, um beijo monstruoso e eletrizante. Eu vou mostrar os presentinhos que eu ganhei da Tupperware, agora. Vem uma cartinha e agora eu vou ler um pedacinho para vocês. Querida Julia, esse mês estamos com a linha encantadora de produtos Tupperware com decoração de Frosen, sabemos que você é fã dessa turminha mágica, e por isso gostaríamos de presentear-la com os produtos da linha, composta por três itens superbacanas, ideais para levar na lancheira. Gente, esse aqui é um transportador de suco, se você tiver uma lancheira grande dá para você fazer um piquenique com suas amigas e você leva um litro de suco para o piquenique, aqui cabe um litro, é muito né? Então dá para você levar bastante suco, pode colocar refrigerante e é muito legal. Olha aqui! Aqui tem o Olof, a Elsa e a Anna. Adorei, muito. Também tem uma sanduicheira, que dá para você colocar sanduíches e também dá para você colocar bolachinhas, biscoitos. Aqui tem o Kristof, Sven, Elsa, a Anna e o Olof. Também tem esse copo que você pode colocar na sua lancheira que é da Elsa e da Anna. E é bem legal, deixa eu abrir para mostrar, tem capacidade para 470ml. Gente é muito, você pode levar suco, água nesse copo. É bem legal e bem bonito, né? Vai chamar a atenção! Brigada Tupperware, adorei os presentes. Um beijo! Agora eu vou mostrar os presentes...¹⁶

Olá galera! Tudo bem com vocês? Hoje eu ganhei um presente da Panini! Esse é o livro ilustrado da Ever After High, na verdade é uma caixa e aqui dentro tem uma surpresa e eu vou abrir agora com vocês, mas primeiro eu vou mostrar a caixa. Aqui na frente tem a parte do álbum, aqui tem a Briar, a Cerise, a Ashlynn, a Raven, a Apple e a Madeline... e aqui embaixo está escrito livro ilustrado oficial e aqui tá a marca da Panini. Aqui do lado também tem a marca e é como se fosse um livro. E agora eu vou abrir. Tem uma cartinha, eu vou ler para vocês. Oi Felipe, nós assistimos a um vídeo seu onde você mostra a sua coleção de Ever After High, e achamos incrível! Por isso, nós da Panini resolvemos te mandar um álbum incrível de Ever After High. E uma surpresinha a mais para que você possa se juntar aos personagens dessa aventura mágica! Esperamos que você goste dos nossos presentes e que você viva feliz para sempre, beijinhos. Equipe Panini. Ahhh brigado Panini, adorei! Na verdade, nem sei o que tem aqui dentro... tem figurinha... ahhh Olha gente vem um monte de pacotinhos de figurinha, olha só! Ahh vem uma *Blondie Lockes* perdida na floresta! Nossa, brigado eu não tinha essa daqui ainda! Nossa, gostei Panini, gostei mesmo! Agora o álbum! E você é Royal ou Rebel? Me coloque aqui nos comentários! Agora eu vou abrir todos os pacotinhos de figurinha, colar e mostrar para vocês página por página...¹⁷

Com relação aos presentes enviados para os youtubers, cabe acrescentar que a Procuradoria da República do Estado de São Paulo instaurou um inquérito civil a pedido do Instituto Alana, no começo do mês de julho de 2016, para investigar o envio de produtos aos youtubers mirins e a “possível” prática de publicidade abusiva.

Embora as empresas, o portal do Youtube e os pais e responsáveis pelos youtubers mirins não entendam que há qualquer abusividade no envio dos produtos e na forma como os “presentes” são apresentados nos canais, o fato é que a prática é abusiva e precisa ser restrita. Não se pode dizer que exista uma lacuna na lei e que seria necessária uma legislação específica para regular o espaço virtual. As leis que protegem as crianças contra a publicidade infantil veiculada na televisão são as mesmas que devem proteger as crianças que assistem os conteúdos postados no Youtube.

5.2 Prática de unboxing e review

Nem só de presentes recebidos vivem os youtubers mirins. Mesmo com a apresentação dos presentes e a demonstração de suas características, existem outras formas de se promover um produto pelo canal do Youtube: a prática do *unboxing* e o *review*. O primeiro é utilizado para denominar a prática de abrir produtos novos na frente das câmeras. O youtuber tem o primeiro contato com o produto na frente das câmeras e realiza a sua abertura relatando de forma sumária as suas principais características.

Já no *review* a apresentação do produto tem um grau de detalhamento muito maior, mostrando todas as suas funcionalidades e as dicas para o melhor aproveitamento do produto. É comum os vídeos serem de *unboxing* seguidos de um *review*.

Se trinta segundos de um comercial na televisão já deixam as crianças hipnotizadas o que se dizer de um brinquedo sendo demonstrado por mais de 10 minutos? A criança desenvolve uma necessidade de ter aquele brinquedo, de se divertir como aquela criança que está brincando e se divertindo no vídeo, muito mais potente e irresistível, portanto, do que um comercial de meio minuto.

Não faz diferença se o produto aberto e demonstrado na frente das câmeras foi um presente dos pais ou das empresas, a mensagem de “compre um produto igual a esse!” é enviada e recebida pela criança que está assistindo, configurando a publicidade direcionada ao público infantil, e logo sua abusividade. Segue a transcrição de um *review*:

Então, hoje eu tô aqui para mostrar para vocês, fazer o review dela, mostrar os acessórios, dando comida para ela, que eu acho que é o que vocês estão mais ansiosas, e assim, gente, eu sei que tem muito menino e até menina mais velha que também me assiste e talvez eles não gostem muito desse vídeo de estilo de boneca, mostrando boneca, mas como tem também muita criança novinha que me assiste e eu acho o muito legal e eu sei que eles adoram, porque eles comentam. Então, eu estou sempre procurando fazer vídeos diferentes para agradar todas as idades, tanto meninos quanto meninas. Então eu vou mostrar para vocês essa Baby Alive que é muito legal! Vamos lá? Então, gente, eu escolhi a versão de cabelo

moreno, eu achei ela linda, ela veio com marias-chiquinhas, olha! Ela veio com esse look, com esse vestidinho de laranja e essa linda calça verde água, essa é a fraldinha que ela vem...¹⁸

A forma como os produtos são apresentados no *review* dá para a criança uma espécie de *test drive*, embora não seja a criança que assiste a que manuseie o brinquedo; toda a brincadeira detalhada faz com que o pequeno internauta vivencie a experiência de brincar com aquele brinquedo, e a reação dos pequenos não é difícil de imaginar.

5.3 Promoção de produtos inapropriados para a idade, inseguros e não saudáveis

Ser um youtuber mirim de sucesso é um negócio bastante promissor, e isso se constata pelo comportamento da família diante da atividade desenvolvida pelos pequenos. Não é incomum ouvir relatos de famílias inteiras que deixaram seus empregos para investirem na carreira do filho, ou que já estejam pensando no futuro e preparando os “herdeiros”, cuja herança são os assinantes do canal¹⁹.

Adentrar no mundo dos youtubers mirins é uma tarefa difícil e exige horas de dedicação para ouvir e ver de forma natural a violação de leis e a deformação da infância. É evidente que este artigo não esgotará as ilegalidades postadas que lesam os direitos das crianças, mas o que pretende fazer é alertar todos os leitores que existe um universo apresentado como inofensivo que tem violado a própria infância.

No relato a seguir, uma mãe coloca uma menina de 11 meses (que possui canal no Youtube, desde os 3 meses), e é irmã de uma youtuber mirim famosa, fazendo *unboxing* de um brinquedo inapropriado para a idade e diz:

(...) não é um presente apropriado para neném, mas como ela fica o tempo inteiro, quando está brincando com essas coisinhas que não próprias para a idade a gente fica o tempo inteiro do lado supervisionando sem piscar, então não tem problema. Se você der alguma coisa assim pequenininha que o bebê possa levar a boca, você tem que ficar o tempo inteiro do lado, não pode deixar sozinho, porque eles colocam na boca e podem engolir e dar problema sério...²⁰

Olá meninas, hoje eu estou aqui para mostrar umas comprinhas que eu fiz na Fini, olha que sacola bonita gente! Então hoje eu decidi comprar umas balinhas e uma coisa surpresa que no final do vídeo eu só vou mostrar, que eu também comprei na Fini. Então eu vou começar aqui mostrando para vocês, claro gente, eu comprei baaalaaa! Gente eu sou alucinada por bala, bala, bala...²¹

Não faltam vídeos dos youtubers mirins deliciando-se com os presentes comestíveis que recebem, e não são cenouras e brócolis que os pequenos degustam, mas chocolates e os mais variados doces ricos em açúcares e corantes, nada saudáveis para nenhuma criança.

Neste ponto, vale um parêntese para dizer que o Youtube lançou no Brasil, no final do mês de junho de 2016, um aplicativo chamado Youtube Kids, onde os pais podem sinalizar a faixa etária dos filhos e as sugestões de vídeos serão enviadas de acordo com a idade apontada. Os pais podem acionar um *timer* e controlar o tempo que as crianças assistem aos vídeos, mas o envio de sugestões de vídeos para a conta no aplicativo é feita de forma robotizada, e os canais dos youtubers mirins são qualificados como apropriados ao público infantil.

Logo, os pais precisam sinalizar de maneira manual os vídeos que não querem que seus filhos assistam na opção “denunciar conteúdo”, mas nada impede que outros vídeos com conteúdo semelhante sejam sugeridos para as crianças.

A publicidade no Youtube Kids será feita, segundo a Google, com algumas restrições, como se observa com a leitura de trecho extraído de matérias publicadas sobre o lançamento do aplicativo:

A publicidade veiculada no YouTube Kids não será clicável e não encaminhará o usuário para outros sites ou aplicativos. Mesmo assim, a simples existência de propagandas no aplicativo pode incomodar alguns pais.

O Google garante que o controle de publicidade será rigoroso. Propagandas de cosméticos, por exemplo, não serão exibidas lá dentro. Apesar desse controle, se o responsável preferir optar por não expor seu filho a publicidade infantil, a melhor opção é não permitir que ele use o YouTube Kids.²²

Por possuir o mesmo modelo do YouTube “normal” quando o assunto são as recompensas para os criadores, o Kids oferece sim publicidade antes dos vídeos.

Mas o Google destaca que, por se tratar de um app para crianças, possui uma política mais restrita quanto aos anúncios aceitos. Apesar de não trazer comerciais de cosméticos, como exemplificado pela companhia, é provável que apareçam anúncios de brinquedos. A gigante destaca ainda que toda publicidade exibida traz um aviso antes e não permite que a criança clique nela para ser levada a um site, como acontece no YouTube.

Não parece plausível que, diante de tantas leis que protegem as crianças contra a publicidade, os pais sejam os únicos responsáveis por monitorar os conteúdos lesivos à infância. O Estado deve garantir uma infância livre dos apelos consumistas e os relatos transcritos neste artigo, somados aos milhares de vídeos que deformam as crianças fomentando o consumismo, são suficientes para alertar pais, educadores, sociólogos, antropólogos, filósofos e operadores do direito que as plataformas de vídeos devem respeitar as leis que protegem as crianças contra a publicidade.

6. Conclusão e desafios

Por mais inofensivos que possam parecer, os youtubers mirins representam uma ameaça à infância, pois são “instrumentos” utilizados para a veiculação de publicidade infantil, atualmente sem qualquer restrição. Muitos conteúdos que seriam nitidamente rejeitados nas publicidades televisivas são livremente difundidos na plataforma de vídeos do Youtube.

As leis protetivas da infância não possuem “limitação territorial física”, ou seja, devem ser igualmente aplicadas para os espaços virtuais, já que a infância deve ser protegida da forma mais ampla possível.

Diante desse cenário, sem dúvidas o maior desafio não é convencer os operadores do direito de que toda publicidade direcionada ao público infantil é abusiva. É evidente que o trabalho neste sentido tem sido árduo já que do outro lado estão grandes empresas, com

grande potencial econômico, contratando os melhores advogados para convencer os magistrados e a sociedade de que a publicidade infantil é “uma fonte de cultura e que não se pode privar a criança de ter acesso a essa cultura”.

O maior desafio é conscientizar os pais de que a fomentação ao consumo feita para a criança é desleal, que está contribuindo para (de) formá-las com desejos e prioridades baseadas no consumo desenfreado, sem qualquer preocupação com o *ser*, valorizando apenas o *ter*. E esse desafio é grande, pois mexe com uma questão da cultura do consumo, enraizada nos brasileiros das mais diversas classes sociais.

Notas

1. Claudia Pontes Almeida. Advogada do Idec – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.
2. Como o olhar de Capitu, em Dom Casmurro, a clássica obra de Machado de Assis.
3. Tornar viral; fazer com que algo seja compartilhado por um grande número de pessoas: a agência viralizou o vídeo; o vídeo da briga viralizou; aquela situação vergonhosa se viralizava pela internet.
4. Portal Gizmodo Brasil – Um breve histórico de como o Youtube ganhou a internet. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/inicio-historia-youtube/>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.
5. Portal Youpix – O fenômeno dos Youtubers mirins. Disponível em: <<https://youpix.com.br/o-fen%C3%B4meno-dos-youtubers-mirins-d00e4d40b76d#.3tqfj721e>>. Acesso em: 11 de julho de 2016.
6. Constituição Federal – “Art. 227. *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*”
7. Estatuto da Criança e do Adolescente – “Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, *psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.*”
8. Resolução 163 do Conanda – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Art. 2º Considera-se abusiva, em razão da política nacional de atendimento da criança e do adolescente, *a prática do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço e utilizando-se, dentre outros, dos seguintes aspectos:*

- I – linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;*
II – trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
III – representação de criança;
IV – pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
V – personagens ou apresentadores infantis;
VI – desenho animado ou de animação;
VII – bonecos ou similares;
VIII – promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
IX – promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.
9. Santa'Anna, p. 28.
 10. Jornal do Brasil – Quer saber o lucro que 'Chiquititas' deu para o SBT? Vem! Disponível em: <<http://www.jb.com.br/heloisa-tolipan/noticias/2015/08/14/quer-saber-o-lucro-aproximado-que-chiquititas-gerou-para-o-sbt-vem/>> Acesso em: 17 de julho de 2016.
 11. Jornal Valor Econômico – SBT é condenado a pagar R\$ 700 mil por merchandising em Carrossel. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/empresas/4345302/sbt-e-condenado-pagar-r-700-mil-por-merchandising-em-carrossel>> Acesso em: 17 de julho de 2016.
 12. *Revista Veja* – Estreia de Carrossel coloca SBT em segundo lugar na audiência. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/entretenimento/estreia-de-carrossel-coloca-sbt-em-segundo-lugar-na-audiencia/>>; Acesso em: 17 de julho de 2016.
 Portal Uai – Reprise de 'Carrossel' tem recorde e maior audiência do SBT em dez meses Disponível em < <http://www.uai.com.br/app/noticia/series-e-tv/2016/06/16/noticias-series-e-tv,180883/reprise-de-u201ccarrossel-u201d-tem-recorde-e-maior-audiencia-do-sbt.shtml>>; Acesso em: 17 de julho de 2016.
 Portal SBTpedia – SBT faz evento para premiar marcas que mais venderam produtos licenciados de novelas- Disponível em :<<http://www.sbtpedia.com.br/2015/06/sbt-faz-evento-para-premiar-marcas-que.html>>. Acesso em: 17 de julho de 2016.
 Portal SBTpedia – Com 15 pontos de média e 16 de pico, Carrossel bate recorde na reprise e vence Record; veja consolidados- Disponível em: <<http://www.sbtpedia.com.br/2016/06/com-15-pontos-de-media-e-16-de-pico.html>> Acesso em: 17 de julho de 2016.
 13. Socialblade Brasil – Dados do Canal Porta dos Fundos – Disponível em: <<http://socialblade.com/youtube/user/portadosfundos>>. Acesso em 18 de julho de 2016.
 14. Socialblade Brasil – Dados do Canal Bel para Meninas – Disponível em: <<http://socialblade.com/youtube/user/belparameninas>>. Acesso em 18 de julho de 2016.
 15. Youtube – Presentes Recebidos – Julho 2015 – Julia Silva – Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_qBhoaHEYZs>. Acesso em 18 de julho de 2016.
 16. Youtube – Presentes de Ever After High #felipecalixto – Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=oUNr82XZiBQ>>._Acesso em 18 de julho de 2016.

17. Youtube – Review Baby Alive Comilona + Rotina da noite- Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6wa_BbC08tU>. Acesso em 18 de julho de 2016.
18. Portal Uol – Sucesso de Niina Secrets arrasta família para viver de canais no YouTube Disponível em: < <http://entretenimento.uol.com.br/listas/com-oito-canais-diferentes-familia-vive-de-youtube-apos-sucesso-da-cacula.htm>> Acesso em 18 de julho de 2016.
19. Youtube – Meus presentes de Natal – Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=y547hst98tM>>. Acesso em 19 de julho de 2016.
20. Youtube – Clima de páscoa – Bel para meninas – Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WvY9nIoghAo>>. Acesso em 19 de julho de 2016.
21. Revista Exame – Google lança Youtube Kids para crianças no Brasil – Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/tecnologia/noticias/google-lanca-youtube-kids-para-criancas-no-brasil>> Acesso em 19 de julho de 2016.

Referências

- CHAUÍ, Marilena. *Simulacro e poder: uma análise da mídia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2006.
- FONTENELLE, Lais (Org.). *Criança e consumo: 10 anos de transformação*. 1a. ed. São Paulo: Instituto Alana, 2016.
- SANT'ANNA, Armando; ROCHA JR., Ismael; GARCIA, Luiz Fernando Dabul. *Propaganda, Teoria, Técnica e Prática*. São Paulo, Cengage Learning, 2011.

ROTULAGEM DE ALIMENTOS COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS COM ALERGIA ALIMENTAR

MARIA CECÍLIA CURY CHADDAD¹

Mestre e doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

RESUMO

Em sendo a proteção integral da criança responsabilidade do Estado, da família e da sociedade, a aprovação e implementação das regras atinentes à rotulagem de alimentos são medidas que devem ser priorizadas. Neste contexto, a experiência que culminou na aprovação da regulamentação da rotulagem de alergênicos em alimentos pode ser utilizada como um referencial para o debate e aprovação de outras normas que visem à proteção da saúde e alimentação adequada das crianças brasileiras.

1. Introdução

A proteção dos direitos da criança deve ser vista como tema prioritário para as ações da família, sociedade e Estado à luz do que dispõe o artigo 227 da Constituição Federal e o Estatuto da Criança e Adolescente – ECA.

Entre os direitos elencados nos diplomas mencionados, há expressa referência ao dever de serem assegurados os direitos à vida, saúde e alimentação da criança e do adolescente, o que leva diretamente ao objeto do presente estudo: a rotulagem de alimentos como instrumento de tutela dos direitos das crianças.

Em sendo a vida, a saúde e a alimentação alguns dos vetores de ação, não resta dúvida de que o Estado tem o dever de promover medidas que assegurem que os alimentos dispostos à venda sejam adequados para a alimentação das crianças e que o seu consumo não represente inadvertido risco à sua saúde e vida.

Deste dado, é possível concluir que a regulamentação do modo de declaração da lista de ingredientes e das informações nutricionais é tema urgente na agenda do Estado, assim como a adoção de medidas efetivas que impeçam a publicidade nas embalagens dos alimentos.

A experiência da discussão e aprovação da regulamentação da rotulagem de alergênicos em alimentos no Brasil será trazida como um modelo que pode servir de referência para outros debates relacionados à rotulagem de alimentos, em especial no que se refere à significativa participação social e ao modo transparente pelo qual se deu a construção do texto e o controle de sua implementação.

2. A proteção prioritária dos direitos da criança

O cuidado e atenção com a infância têm grande importância no sistema constitucional brasileiro, tendo patamar de prioridade absoluta nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Este comando é reforçado pelo artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, instituído pela Lei 8.069, de 13 de julho de 1990:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

No artigo 7º do ECA propugna-se, ainda, pela proteção da vida e da saúde da criança e do adolescente, desde o nascimento e durante o seu desenvolvimento, por meio da efetivação de políticas públicas:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Os dispositivos acima transcritos seriam suficientes para se concluir que o status de prioridade confeririam “preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas”, mas o legislador optou por reforçar este dado na literalidade do artigo 3º, parágrafo único, alínea “c” do ECA.

Pelo exposto, resta nítido o dever de proteção integral e prioritária dos direitos da criança, donde se conclui que o Estado (além da sociedade e da família) tem o dever de adotar medidas que visem garantir a tutela dos direitos à vida, saúde e alimentação das crianças, dado que implica o dever de especial atenção com a oferta de alimentos no mercado consumidor.

3. Proteção do direito à saúde

A vida é pressuposto para o exercício de todos os demais direitos, e a tutela do direito à vida demanda a defesa do direito à saúde, implicando a necessidade de que o Estado atue na prevenção e no tratamento de males à saúde.

Lenir Santos esclarece que a tutela do direito à saúde demanda a consideração “das condições que cercam o indivíduo e a coletividade”, até porque o direito à saúde não deve ser apreciado apenas sob a ótica individual; há que se tutelar também os aspectos de interesse difuso, coletivo e individual homogêneo².

Ao seu turno, José Afonso da Silva entende que a saúde é direito de todos e dever do Estado, “que a deve garantir, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos”³.

Em virtude de sua inegável relevância, o direito à saúde encontra guarida tanto no contexto internacional quanto no âmbito interno do ordenamento jurídico brasileiro. No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos atrela tal direito ao bem-estar, dispondo no artigo XXV, item 1, que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar”.

Ao seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) prevê, em seu artigo 12, que “toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social”, sendo dever do Estado, nos termos da alínea c, atentar para “a prevenção e tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças”.

Na esfera normativa interamericana, o tema vem tutelado no âmbito do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluído em 17 de novembro de 1988 (“Protocolo de São Salvador”). Esta prevê, no artigo 10, que a implementação do direito à saúde demanda, entre outras medidas: (i) a prevenção e tratamento das doenças endêmicas; (ii) a educação da população sobre prevenção e

tratamento dos problemas da saúde; e (iii) a satisfação das necessidades de saúde dos grupos de mais alto risco e que, por sua situação de pobreza, sejam mais vulneráveis.

A Organização Mundial da Saúde (OMS), por sua vez, define que a saúde não se limita à ausência de doença, abrangendo também o completo bem-estar físico, mental e social⁴.

Nota-se, de todo o exposto, que a tutela do direito à saúde, que engloba o bem-estar físico, mental e, no âmbito interamericano, social, é obrigação assumida e reafirmada pelo Brasil no âmbito internacional. Por isso, o Estado brasileiro deve tomar todas as medidas que estiverem ao seu alcance para salvaguardar tal direito, o que implica o dever de tutelar a saúde das pessoas com alergia alimentar, que necessitam de cuidados especiais com sua dieta, a fim de evitar danos ao seu bem-estar.

No âmbito interno, o direito à saúde ganhou status constitucional peculiar a partir da Constituição de 1988, que define o direito à saúde como um direito social (art. 6º) e, ainda, traz uma série de regras e princípios próprios, em especial no capítulo dedicado especificamente ao direito à saúde (título VIII, seção II).

Assim, pelo texto constitucional, para que o direito à saúde seja garantido, é dever do Estado, nos termos do art. 196 da Constituição, promover políticas sociais e econômicas com vistas a (i) reduzir risco de doença e de outros agravos e a (ii) garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Destarte, afirmar que todos têm direito à saúde, constitucionalmente garantido, significa dizer que a todos deve ser assegurada qualidade de vida, isto é, ao Estado é dado o dever de afirmar o acesso universal e igualitário a ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde, isto tudo objetivando evitar o risco de doenças ou seu agravamento.

Dúvida não há de que o direito à saúde está abrangido pelo rol de direitos fundamentais, não apenas pela questão topológica (o art. 6º, que cuida do direito à saúde, está contido no título dos direitos e garantias fundamentais), mas, sobretudo, em vista do conteúdo que se revela de tal direito, eis que objetiva salvaguardar o bem-estar e a

qualidade de vida, o que, em última análise, significa tutelar a existência digna de todos.

Ademais, ao tratar especificamente do direito à saúde, o constituinte objetivou, no art. 197, cuidar dos serviços de saúde e, ainda, das ações voltadas à promoção da saúde, ao prever que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde”. Assim, cabe ao Estado regular, fiscalizar e controlar as ações voltadas à garantia de tudo aquilo que se refere à saúde.

Deste modo, temos que a tutela normativa do direito à saúde possui uma vertente positiva, relacionada ao direito a medidas do Estado com o fito de prevenir doenças e de tratá-las, e uma vertente negativa, que se reflete no direito de se exigir do Estado e de terceiros que se abstenham de atos que possam causar mal à saúde de alguém.

É sabido que a prevenção de doenças está diretamente ligada à alimentação, que, embora não seja a única causa de doenças, é um fator que pode contribuir – e muito – tanto para a prevenção, quanto para o agravamento de doenças, como a obesidade, hipertensão, além de ser tema decisivo no caso de necessidades alimentares especiais, como é o caso da diabetes, fenilcetonúria, doença celíaca, intolerância à lactose, alergia alimentar, entre outras.

Destarte, a fim de garantir acesso à alimentação adequada, o Estado tem responsabilidade de promover ações que visem garantir que os alimentos oferecidos no mercado consumidor sejam seguros e que as informações dispostas nas embalagens permitam ao consumidor compreender, com clareza, a composição do produto e os riscos que podem representar (ainda que a uma dada parcela da população).

4. Proteção do direito à alimentação

Há nítida correlação entre o direito à saúde e o direito à alimentação, sendo este o posicionamento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU expresso no Comentário Geral n. 14⁵.

Nesse sentido, Alessandra Gotti Bontempo destaca que “o direito à saúde abrange diversos fatores socioeconômicos que promovem as condições nas quais as pessoas podem desfrutar de uma vida (com) saúde, como a alimentação”⁶.

Neste ponto, há que se frisar que a alimentação adequada do indivíduo – que vai muito além da disponibilização de um prato de comida – é um relevante condicionante para a preservação de sua saúde e, conseqüentemente, para o desfrute do seu direito à vida.

No relatório apresentado pelo Brasil, em Roma, na Cúpula Mundial de Alimentação (CMA), ocorrida em 1996, consta a seguinte afirmação:

O acesso à alimentação é um direito humano em si mesmo, na medida em que a alimentação constitui-se no próprio direito à vida. Negar esse direito é, antes de mais nada, negar a primeira condição para a cidadania, que é a própria vida.⁷

A esse respeito, o médico Flavio Luiz Schieck Valente sustenta ser a alimentação adequada direito que condiciona o exercício do direito à vida, *verbis*: “Sem uma alimentação adequada, tanto do ponto de vista de quantidade, como de qualidade, não há o direito à vida.”⁸

Neste mesmo diapasão, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti ressalta: “Verificamos que o direito à alimentação não é apenas o direito de ‘matar’ a fome, mas também o de se nutrir, ter segurança na alimentação e possibilitar a manutenção da vida e da saúde de forma digna.”⁹

No plano normativo interno, vale mencionar a Lei 8.080, de 19 de setembro de 1990, a qual cuida das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, “direito fundamental do ser humano”, resultando no dever de o “Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Nos termos do artigo 2º, a referida lei ainda prevê, em seu artigo 3º, que entre os fatores determinantes da saúde está a alimentação.

Quando se pensa na tutela do direito à alimentação, devemos recorrer ao mesmo cabedal normativo já indicado no item acima. A Declaração Universal dos Direitos Humanos trata do direito à alimentação como algo inerente ao direito à saúde e bem-estar, ao prever, no artigo XXV, que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação”.

Ao seu turno, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) prevê o direito à alimentação no artigo 11, prescrevendo que a alimentação é *conditio sine qua non* para que uma pessoa tenha nível de vida adequado, o que abrange o dever de os Estados-partes adotarem medidas para melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios, entre outras questões, pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos e pela difusão de princípios de educação nutricional, o que guarda estreita relação com a proposta aqui apresentada.

No âmbito do Protocolo de São Salvador, o tema é tutelado no artigo 12, o qual estatui que “toda pessoa tem direito a nutrição adequada, que lhe assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual”.

De acordo com o entendimento do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU acerca do tema, presente no Comentário Geral nº 12, de 1999¹⁰, o direito à alimentação abrange três elementos: (i) disponibilidade, (ii) adequação e (iii) acessibilidade. A disponibilidade se relaciona à existência de quantidade suficiente de alimento para a população mundial de hoje e provisão para alimentar as gerações futuras. A adequação está atrelada à observância das necessidades dietéticas de cada indivíduo, não apenas no que se refere aos nutrientes, mas também no que tange às necessidades culturais e outras específicas de cada cidadão, que, no caso dos que têm alergia alimentar, seria a garantia de alimentos livres de ingredientes alergênicos, observadas as peculiaridades de cada qual das pessoas. Por fim, a acessibilidade se subdivide em duas categorias: (i) econômica, pela qual o custo para aquisição de alimentos não pode resultar na impossibilidade de realização de outros direitos, como moradia, saúde e educação; e (ii) física, que abarca a consideração das pessoas fisicamente vulneráveis, incluindo crianças, adolescentes, idosos, pessoas com dificuldades de locomoção e, ainda, pessoas com problemas médicos persistentes.

Ainda no referido Comentário n. 12, verifica-se que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU relaciona o direito à alimentação adequada à dignidade humana, sendo aquela, na sua interpretação, indispensável para o exercício de outros direitos²².

De acordo com o que se depreende da leitura do Comentário n. 12, o que se busca é garantir o acesso à alimentação adequada, a qual seria mais do que um pacote de calorias, proteínas e outros nutrientes (item 6). É indispensável considerar-se não apenas a quantidade de alimento, mas sua qualidade, a fim de garantir as necessidades dietéticas de uma dada população (item 8), pelo que propugna a adoção de medidas que visem manter, adaptar e reforçar as diversidades dietéticas (item 9). O alimento disponibilizado deve, ainda, estar livre de substâncias adversas, inclusive daquelas decorrentes do manejo inapropriado durante a cadeia produtiva (item 10) e ser adequado às pessoas vulneráveis (item 13). Cabe aos Estados-partes tomarem as medidas necessárias para respeitar, proteger e implementar o direito à alimentação (item 15), sendo certo que a omissão em regular tal direito de forma efetiva é vista como violação à Declaração Universal dos Direitos Humanos (item 19).

No âmbito interno e em consonância com o contexto internacional, desde a aprovação da Emenda Constitucional 64, em 4 de fevereiro de 2010, a Constituição Federal de 1988 conferiu, ao direito à alimentação, o *status* de direito fundamental, incluindo-o no rol de direitos sociais previstos no artigo 6º, sendo, deste modo, um direito a ser respeitado, protegido e implementado pelo Estado.

Sobre o tema, realça-se, ainda, a Política Nacional de Alimentação e Nutrição (PNAN), veiculada pela Portaria n. 2715/11, que reúne o conjunto das políticas de governo voltadas à compreensão do direito humano universal à alimentação e nutrição, tendo, entre seus objetivos, a prevenção e controle dos distúrbios nutricionais e das doenças associadas à alimentação e nutrição, inclusive no que se refere à proteção da saúde daqueles que dependem de cuidados em sua alimentação como forma de se prevenir ou evitar evolução do quadro.

Vale destacar, ainda, a Lei 11.346, de 15 de setembro de 2006, regulamentada pelo Decreto 7.272, de 25 de agosto de 2010, que criou o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN). O SISAN visa assegurar o direito humano à alimentação adequada e, em seu artigo 2º, na mesma linha do que consta do Comentário n. 12, efetuado pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, prevê que a “alimentação adequada é direito fundamental do

ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal”, cabendo ao Estado o dever de adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

Frisem-se algumas facetas do direito à alimentação adequada, previstas na legislação que criou o SISAN: a garantia da segurança alimentar e a consideração das necessidades específicas, que envolvem o acesso a alimentos de qualidade e em quantidade suficientes, devendo ser consideradas, entre outras questões: a (i) “promoção da saúde, da nutrição e da alimentação da população, incluindo-se grupos populacionais específicos e populações em situação de vulnerabilidade social” (artigo 4º, inciso III); (ii) “a garantia da qualidade [...] tecnológica dos alimentos” (artigo 4º, inciso IV); e ainda, (iii) a “produção de conhecimento e o acesso à informação”, temas intimamente relacionados ao objeto deste artigo.

Do exposto, temos que a alimentação adequada é condição para a fruição de outros direitos de grande importância, como o direito à saúde, sendo certo que um alimento somente pode ser visto como adequado se ele atender às necessidades dietéticas especiais de uma dada parcela da população.

Com efeito, a PNAN deve levar em conta as necessidades alimentares especiais, observadas as peculiaridades daqueles portadores de alteração metabólica ou fisiológica que cause mudanças relacionadas à utilização biológica de nutrientes ou a via de consumo alimentar (enteral ou parenteral), seja ela provisória ou permanente.

Assim, a alimentação adequada é condição para o exercício de outros direitos relevantes, como o direito à saúde e o direito à vida, inclusive no viés qualitativo deste direito, sendo certo que um alimento somente pode ser visto como adequado se ele atender às necessidades dietéticas especiais de uma parte determinada da população.

Deste modo, o direito à alimentação, tutelado na legislação supramencionada e reforçado como prioritário no caso das crianças implica o dever de se ofertar à população alimentação de qualidade, inclusive no que se refere à exigência de que atendam às necessidades dietéticas de uma dada população.

De todo o exposto, dúvida não há de que a viabilização do acesso à alimentação adequada passa, necessariamente, pela exigência de que os rótulos dos alimentos tragam informações acessíveis e compreensíveis à população.

5. Garantia do direito à informação para viabilizar exercício dos direitos sociais

Partindo da premissa de que o direito à informação não é tutelado apenas com vistas a proteger (e capacitar) o cidadão contra o Estado, mas também para permitir o exercício da cidadania plena, temos que o direito à informação tem sua matriz no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Sob este prisma, Alexandre David Malfatti sustenta que o direito constitucional à informação, no que se refere às relações de consumo, tem três consequências: (i) o direito que o fornecedor tem de informar aos consumidores sobre os produtos e/ou serviços que pretende comercializar; (ii) o dever de o fornecedor informar aos consumidores sobre as características dos produtos e/ou serviços; e (iii) o direito de o consumidor ser informado¹¹.

Para ele, “a Constituição Federal de 1988 impôs aos particulares o dever de informar, quando suas atividades – empresariais ou não – envolverem direta ou indiretamente a dignidade da pessoa humana ou outros direitos fundamentais”, resultando no dever de observância da responsabilidade social¹².

Nesta linha, Flávia Piovesan pontua que a agenda de direitos humanos também deve nortear a atuação do setor privado, destacando a necessidade de as empresas terem responsabilidade social, cabendo ao Estado fiscalizar a observância, pelas empresas privadas, dos direitos sociais¹³.

É a partir desta vertente do direito à informação, que o considera como oponível à ordem econômica, em vista da necessidade de que o setor privado guie suas atividades pautado em sua responsabilidade social no dever de observância dos direitos fundamentais, que se sustentará o dever de destaque da presença de alérgenos nos produtos disponibilizados ao consumo.

A este respeito, Sueli Alves da Costa destaca:

A responsabilidade social apresenta-se como um conjunto de outras responsabilidades que têm alguns pontos em comum: são oriundas de movimentos sociais, de divulgação e convencimento ou imposição de padrões éticos alternativos e delineados em reação a uma crise de valores.¹⁴

Ainda sobre responsabilidade social, Maria da Conceição Maranhão Pfeiffer defende que as empresas privadas devem cumprir sua função social, o que abrange o dever de informação aos consumidores¹⁵.

Especificamente no plano infraconstitucional, o CDC estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, e, nas palavras de Cláudia Lima Marques, “de uma visão liberal e individualista do Direito Civil” passa-se “a uma visão social, que valoriza a função do direito como ativo garante do equilíbrio, como protetor da confiança e das legítimas expectativas nas relações de consumo no mercado”¹⁶.

O CDC estatui a política nacional das relações de consumo, a qual tem “por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”³.

Só se pode pensar em efetiva tutela do direito do consumidor quando há o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor por parte dos atores das relações de consumo. Frise-se que, com vistas a atingir este objetivo, o CDC indicou expressamente o dever de serem tomadas medidas governamentais “no sentido de proteger efetivamente o consumidor”, inclusive no que se refere à garantia de padrões adequados de qualidade e segurança, características que guardam relação mais estreita com o objeto do presente trabalho (alínea “d” do inciso II do artigo 4º do CDC).

De acordo com o estabelecido no inciso V do artigo 4º do CDC, um dos princípios da política nacional das relações de consumo é o “incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços”. Ademais, vemos que se

trata de direito *básico* do consumidor, “a *informação adequada e clara* sobre os diferentes produtos e serviços, *com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade* e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (inciso III do artigo 6º, destaques da transcrição).

Ao seu turno, o artigo 31 do CDC, quando trata das condições para oferta e apresentação de produtos ou serviços, estatui que devem ser asseguradas as “informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, *composição*, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam a saúde e segurança dos consumidores” (grifo nosso).

Especificamente no que se refere aos produtos para consumo (como alimentos, medicamentos, produtos de higiene e beleza), há que se destacar que, por controle de qualidade, deve-se compreender a capacidade de o fornecedor identificar, sem qualquer omissão ou falha, todos os componentes de um dado produto, ainda que o percentual de um elemento seja baixo, havendo o dever de transmitir tais informações aos consumidores de modo claro.

A proteção à saúde é um dos direitos básicos dos consumidores, donde se extrai que devem ser tomadas todas as medidas necessárias para que se garanta a fruição de tal direito. Frederico da Costa Carvalho Neto pontua que “a informação é sem dúvida senão o mais importante, um dos mais importantes direitos dos consumidores”¹⁷.

Nesta mesma linha, Cláudia Lima Marques é incisiva ao afirmar que o dever de informar representa “verdadeiro dever essencial, dever básico (art. 6º, inciso III) para a harmonia e transparência das relações de consumo”, sendo “verdadeiro ônus atribuído aos fornecedores”¹⁸.

O dever de informar de maneira adequada e clara justifica-se pelo fato de que somente o fornecedor detém informações acerca dos itens que compõem um dado produto, visto ser ele quem o manipula, estando o consumidor, assim, em situação de vulnerabilidade, o que é ainda mais delicado quando se levam em conta os riscos que uma exposição a alérgenos pode causar na saúde de uma pessoa que tem alergia alimentar.

É sabido que o consumidor fica à mercê daquilo que é mencionado no rótulo do produto, em inquestionável situação de vulnerabilidade (artigo 4º, inciso I, do CDC), não lhe sendo possível imaginar que aquilo que o rótulo indica não representa a totalidade da composição do produto. Isso, no caso das pessoas com necessidades alimentares especiais, situação da alergia alimentar, pode resultar em sérios danos à sua saúde, razão pela qual o acesso a informações claras e precisas é especialmente relevante na fase pré-contratual, relacionada com a leitura das informações contidas nos rótulos. Fátima Nancy Andrichi, a esse respeito, preleciona:

As informações prestadas na fase pré-contratual são essenciais para a formação da própria convicção do consumidor, pois somente a partir da plena ciência da quantidade, qualidade e riscos do serviço oferecido é que o consumidor estará apto a decidir se deseja firmar o negócio.¹⁹

Somente os fornecedores têm condições de minimizar o que Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer denomina de “a assimetria de informações”, consolidando e transmitindo dados precisos acerca da presença de alérgenos no produto, sejam aqueles voluntariamente adicionados, ou aqueles advindos do processo de produção involuntariamente²⁰.

Neste sentido, a busca pela correta identificação (e indicação) de todos os componentes de um dado produto guarda estreita relação com a preocupação do CDC (e da política nacional das relações de consumo) com a segurança do consumidor, o que, no caso dos alérgicos, é patente.

Também enfrentando a questão da vulnerabilidade informacional, Claudia Lima Marques salienta ser este “o maior fator de desequilíbrio da relação *vis-à-vis* com os fornecedores, os quais, mais do que *experts*, são os únicos verdadeiramente detentores da informação”²¹.

É justamente por conta da vulnerabilidade informativa dos consumidores que se espera que os fornecedores atuem sempre lastreados pelo princípio da boa-fé objetiva, que resulta no dever de o fornecedor ceder todas as informações do produto ou serviço como forma de se conferir equilíbrio à relação de consumo.

Neste diapasão, Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti afirma que “o dever de informar pode ser entendido como uma norma de comportamento que demonstra a boa-fé necessária para o equilíbrio da relação de consumo”²².

O princípio da boa-fé objetiva ganha realce quando consideramos a necessidade que têm aquelas pessoas com necessidades alimentares especiais de obter informações precisas acerca do conteúdo dos produtos disponibilizados no mercado. É sabido que o CDC, como regra, veda a comercialização de produtos ou serviços que possam propiciar danos ao consumidor, tema ao qual são dedicados os artigos 8º e 9º do CDC, que cuidam das regras aplicáveis aos produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos.

De acordo com tais normas, todos os produtos e serviços disponibilizados ao consumo devem conter informações necessárias e adequadas a seu respeito, sendo certo que, na hipótese de algum produto ou serviço, por natureza e fruição, acarretar riscos à saúde ou segurança do consumidor, ainda que considerados normais e previsíveis, além das informações genéricas a respeito dos ingredientes e funcionalidade, devem ser destacados ostensiva e adequadamente quais os riscos envolvidos, a fim de que os consumidores possam se proteger deles.

Importa destacar, ainda, que nos termos do artigo 10 veda-se o comércio de produto ou serviço cujo fornecedor saiba ou deva saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança. Assim, quando por natureza ou fruição houver algum risco de comprometimento da saúde ou da segurança, o fornecedor deve disponibilizar tal informação de maneira ostensiva e adequada.

O Decreto 2.181, de 20 de março de 1997, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, estabelece ser prática infrativa disponibilizar, no mercado de consumo, produto ou serviço “que acarrete riscos à saúde ou à segurança dos consumidores e sem informações ostensivas e adequadas” (art. 12, IX, “b”). Ademais, no mesmo decreto, prevê-se como prática infrativa a oferta de produtos ou serviços “sem as informações corretas, claras, precisa e ostensivas, em língua portuguesa, sobre suas características, qualidade, quantidade, composição, preço, condições de pagamento, juros, encargos, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados relevantes” (art. 13, I)⁴⁷.

Enfrentando especificamente o dever de informar a composição, Alexandre Malfatti sustenta que esse direito decorre da possibilidade de o consumidor possuir “características próprias – de saúde, credo, religião etc. – que sejam incompatíveis com o produto ou serviço ofertado”²³. E acrescenta: produto com “vício de informação” pode gerar a responsabilização do fornecedor em virtude da imprecisão da informação ofertada ao consumidor. Para ele, se há defeito de informação, a falta de segurança decorre de legítima expectativa do consumidor frustrada pela ausência de informação precisa por parte do fornecedor sobre uso do produto ou fruição do serviço ou acerca dos riscos envolvidos²⁴.

Neste toar, vale trazer à baila a lição de Antônio Herman V. Benjamin, para quem a ausência ou deficiência de informação resulta em vício de qualidade por insegurança²⁵. Assim, muito embora um produto alimentício disponibilizado para consumo não seja, *a priori*, um produto nocivo ou perigoso para a saúde, a escassez de informação transforma-o numa ameaça para aquela parcela da população que possui restrições ao consumo de alguns ingredientes, podendo desencadear, ao ser consumido, reações alérgicas.

Especificamente no que se refere aos produtos alimentícios, Luciano Custódio Teixeira ensina que, em virtude da importância que os alimentos representam para a humanidade, seria razoável a configuração da responsabilidade objetiva no caso de danos relacionados à imprecisão de informações²⁶.

No âmbito do Judiciário, tem-se notado um incremento de decisões que privilegiam o direito à informação, seja por questão de saúde, seja para garantir o direito de escolha consciente por parte do consumidor.

Em 2009, diante de pedido do setor produtivo visando afastar a incidência da Lei 10.674/03, que cuida da rotulagem destacada do glúten, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

No campo da saúde e da segurança do consumidor (e com maior razão quanto a alimentos e medicamentos), em que as normas de proteção devem ser interpretadas com maior rigor, por conta dos bens jurídicos em questão, seria um despropósito falar em dever de informar baseado no *homo medius* ou na generalidade

dos consumidores, o que levaria a informação a não atingir quem mais dela precisa, pois os que padecem de enfermidades ou de necessidades especiais são frequentemente a minoria no amplo universo dos consumidores (STJ, 2ª Turma, rel. Herman Benjamin, REsp 586316/MG, j. 17/04/07, DJ 19/03/09).

Neste sentido, o relator, ministro Herman Benjamin, sustentou naquela ocasião a premência de o Estado acolher as necessidades não apenas dos vulneráveis, mas também dos “hipervulneráveis”, que, embora possam representar uma minoria dos consumidores, são os que mais são prejudicados “com a massificação do consumo e a ‘pasteurização’ das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna”.

Esta decisão ilustra com extrema propriedade e clareza a aplicação do princípio da igualdade, pelo qual o direito busca tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade, levando em conta, no caso em comento, as específicas necessidades das pessoas com doença celíaca.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando processo em que se pleiteava a indenização por danos morais por conta do consumo de palito picante que continha trigo, decidiu que a embalagem deveria conter informações claras sobre o conteúdo. Determinou o dever de indenizar, no caso, porque não havia informação específica no rótulo do produto quanto à presença de farinha de trigo na sua composição, impossibilitando o consumidor de saber que o consumo daquele produto causaria danos à sua saúde²⁷.

No mesmo sentido foi a decisão do Tribunal Regional da 3ª Região, que, sustentando ser razoável a suspensão de comercialização de produto que não indica a presença de óleo de soja, reforçou a tese de que as embalagens devem contemplar informações relativas à composição do produto²⁸.

Se a defesa do consumidor é um direito constitucionalmente garantido e se o acesso a informações sobre a composição é o instrumento para controle de saúde pública, parece razoável sustentar a necessidade de que os fornecedores apresentem informações relativas à presença de alérgenos, ainda que na forma de traços, pois até mesmo

quantidades pequenas de alérgenos podem desencadear reações na população alérgica.

Vale realçar, ainda, decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em um caso de reação alérgica advinda de consumo de produto que não continha alérgeno (leite) dentre seus ingredientes, mas que, por haver compartilhamento de maquinário, possuía traços de leite. Neste caso, confirmando decisão exarada pelo juízo de Porto Alegre, o tribunal em questão entendeu que a responsabilidade do fabricante do produto seria objetiva, pelo que somente poderia ser afastada se provasse não ter inserido o produto no mercado, que o defeito não existia ou que o evento danoso fosse oriundo de culpa exclusiva do consumidor, situações que não seriam aplicáveis no caso em comento²⁹.

Em lide que versa sobre a rotulagem de informações acerca de ingredientes transgênicos, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região decidiu que, à luz do direito à informação, os rótulos devem ostentar aviso da presença de transgênicos independentemente da quantidade presente, *verbis*.

5. O direito à informação, abrigado expressamente pelo art. 5º, XIV, da Constituição Federal, é uma das formas de expressão concreta do princípio da transparência, sendo também corolário do princípio da boa-fé objetiva e do princípio da confiança, todos abraçados pelo CDC. 6. No âmbito da proteção à vida e saúde do consumidor, o direito à informação é manifestação autônoma da obrigação de segurança. 7. Entre os direitos básicos do consumidor, previstos no CDC, inclui-se exatamente a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6º, III). (STJ, REsp 586316/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/04/2007, DJe 19/03/2009). 4. Correta a sentença recorrida, ao dispor que, o consumidor, na qualidade de destinatário do processo produtivo, que hoje lança no mercado todo tipo de produto e serviço, tem na “transparência” e “devida informação”, erigidas em princípios norteadores do CDC, seu escudo de proteção, de absoluta necessidade na hora de exercer o direito de opção.³⁰

Pelo exposto, temos que a salvaguarda do direito a precisas informações em relação ao conteúdo e riscos potenciais de um alimento disponibilizado para consumo é medida indispensável para a tutela dos direitos da população, a fim de que tenham assegurados seus direitos fundamentais à saúde e à alimentação adequada, previstos nos tratados internacionais e no texto constitucional brasileiro, especialmente na Declaração Universal de Direitos Humanos e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cabendo ao Estado o dever de assegurar a tutela de tais direitos.

6. Responsabilidade do Estado em relação aos direitos sociais

Para Flávia Piovesan, inspirada nas lições de Hannah Arendt, os direitos humanos não são um dado, mas um constructo histórico, sendo fruto de trabalho de edificação diuturno por parte da sociedade³¹.

Os direitos humanos podem ser definidos como reivindicações morais que surgem quando há espaço e contexto para tanto, confirmando sua historicidade na medida em que são fruto de processos de construção e reconstrução³².

A concepção contemporânea de direitos humanos ganhou força após o fim da segunda guerra mundial, oportunidade em que a humanidade se viu obrigada a tutelar normativamente os direitos da pessoa humana, a fim de evitar a repetição das grandes violações ocorridas no período da guerra.

Nesse contexto, surgiram diversos instrumentos internacionais de proteção aos direitos da pessoa humana, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948; e, em 1966, o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), já mencionados neste artigo.

A proteção de direitos sociais pode se dar de dois modos: repressivamente, hipótese em que eventual violação a direito é reprimida com alguma sanção já estabelecida, ou preventivamente, situação em que são adotadas políticas públicas que visem salvaguardar os direitos.

Vale destacar que a tutela dos direitos sociais, que abrange os deveres de respeito, proteção e implementação, depende de uma série de ações estatais, sendo a regulação um valioso mecanismo para proteção e implementação de direitos: é através dela que o Estado impõe diretrizes e obrigações aos agentes do mercado e prevê sanções para eventual descumprimento.

Sobre o tema, Floriano de Azevedo Marques diz quais medidas estariam abrangidas no conceito de regulação, a saber:

As atividades de coordenar, fiscalizar, dirigir, coibir ou desincentivar condutas, incentivar, fomentar, planejar, organizar, que sejam necessárias para o atingimento de objetivos de ordem pública consentâneos com os objetivos da ordem econômica constitucional (art. 170 da CF).³³

Uma característica relevante dos direitos sociais é que são direitos cuja aplicação deve ser dar de forma progressiva: o Estado é obrigado a tomar todas as medidas possíveis para que tais direitos possam ser desfrutados pela população.

Ainda que os direitos sociais não tenham usualmente o mesmo grau de eficácia dos direitos civis e políticos (como regra, com eficácia plena, independentemente de norma regulamentando seu exercício), tais normas, mesmo que de aplicação progressiva, são vinculantes. É dizer, são de aplicação obrigatória, ainda que haja necessidade de alguma regulamentação para que se viabilize seu exercício. Destarte, diante de normas que versam sobre direitos sociais, cabe ao Estado adotar medidas efetivas e com objetivos bem definidos, a fim de concretizar tais direitos, o que se dá por meio do respeito, proteção e implementação.

A realização dos direitos sociais constitucionalmente previstos depende de uma série de ações estatais, incluindo produção normativa e adoção de políticas públicas – estas de acordo com Alessandra Gotti Bontempo são

[o] conjunto complexo de normas e atos tendentes à realização dos fins públicos consagrados pela Carta de 1988 – suscetível de controle pelo Poder Público –, e que possui como elementos

estruturais: o programa (dimensão material da política pública), a ação-coordenação (coordenação do Estado para o atingimento de resultados determinados), o processo (sequência de atos tendentes a um fim, sendo fundamental nesse ponto da participação popular).³⁴

Uma característica relevante dos direitos sociais, já mencionada, é que são direitos cuja aplicação se dá de forma progressiva; isto é, o Estado é obrigado a tomar tantas medidas quantas forem necessárias para que, na prática, tais direitos sejam fruíveis por seus destinatários. Se, de um lado, há a compreensão de que a implementação de tais direitos se dá de maneira gradual, eis que está limitada à capacidade de recurso disponível em um dado momento, de outro, veda-se o retrocesso social e a omissão do Estado.

A doutrina e a jurisprudência vêm se consolidando no sentido de que a ideia de aplicação progressiva traz consigo duas fortes consequências: é vedado ao Estado manter-se omissivo em relação à adoção de medidas que visem salvaguardar a aplicação dos direitos sociais e, ao mesmo tempo, veda-se o retrocesso dos avanços conquistados. Com efeito, a inação do Estado representaria violação ao sistema jurídico, na medida em que ofenderia o princípio que impede tanto as normas que extrapolam, quanto as que vão aquém daquilo que o constituinte almejou, porque a proporcionalidade em sentido estrito impede não apenas o excesso, mas também a insuficiência de normas.

Enfrentando especialmente o tema da omissão do Estado em matéria de saúde, Luís Roberto Barroso afirma que o poder público “não pode se mostrar indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”³⁵.

Ao se ver diante de uma omissão, a fim de verificar se a inércia do Estado teria sido proporcional, o intérprete deve avaliar três elementos: (i) adequação – checa-se se a omissão estatal teria aptidão para atingir a finalidade da norma; (ii) necessidade – a omissão seria necessária se houvesse outra norma apta a atingir o mesmo fim; (iii) proporcionalidade em sentido estrito – quanto maior o grau de não

satisfação de um direito ou afetação de um princípio, maior deve ser a satisfação de outro.

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o debate sobre as consequências da omissão do Estado em matéria de direitos sociais, oportunidade em que frisou que a inércia estatal em relação à concretização de direitos sociais representa ofensa à Constituição, aos direitos nela estabelecidos e à sua própria aplicabilidade, *verbis*:

Desrespeito à constituição – Modalidades de comportamentos inconstitucionais do Poder Público. *O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. [...] Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.*

A omissão do Estado – que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional – qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental (STF, ADPF 45, min. rel. Celso de Mello, DJ 4/5/2004, grifos da transcrição).

Pelo exposto, diante de normas que versam sobre direitos sociais, como é o caso dos direitos à saúde e à alimentação, cabe ao Estado adotar medidas efetivas e com objetivos bem definidos visando à concretização de tais direitos, sob pena de violação à Constituição pela omissão.

7. Responsabilidade do Estado em relação ao direito à saúde e à alimentação

Como mencionado, o direito à saúde é um direito social previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, cuja tutela merece especial atenção por parte do Estado em vista da inegável relevância da vida de uma pessoa, cabendo-lhe, nos termos do artigo 196 da Constituição Federal de 1988, garantir “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”³⁴.

No plano infraconstitucional, a Lei 8.080/90, que regula o Sistema Único de Saúde (SUS), preceitua ser a saúde “um direito fundamental do ser humano devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”¹⁷. Entre os objetivos do SUS, de acordo com o inciso III do artigo 5º da referida lei, está a “assistência às pessoas por intermédio de ações de promoção e recuperação da saúde com a realização integrada das ações assistenciais e das atividades preventivas”.

Ademais, o artigo 7º da lei em análise, esmiuçando aquilo que o artigo 198 da Constituição Federal de 1988 prevê, traz um rol de princípios que devem nortear as ações e serviços públicos de saúde que integram o SUS, destacando-se a necessidade de que haja “integralidade de assistência, entendida como um conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”.

Especificamente em relação a crianças e adolescentes, vale frisar que, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, o Estado deve assegurar a este grupo de pessoas, com prioridade absoluta, os direitos à vida, à saúde, à alimentação, dentre outros, devendo o Estado promover programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem nos termos do parágrafo primeiro do dispositivo em comento³⁴.

Ainda focando nas crianças, no plano infraconstitucional, o ECA preconiza que “a criança e o adolescente têm direito à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”³⁵.

Neste ponto, cumpre considerar as peculiaridades que envolvem a população com alergia alimentar, cujo direito à vida e à saúde caminham de braços dados com o direito à alimentação adequada, vale dizer: se a dieta da pessoa com alergia estiver correta do ponto de vista nutricional, com a devida exclusão dos alérgenos no alimento, a saúde fica salvaguardada; ao passo que, se a dieta não estiver adequada, a saúde é sensivelmente abalada (por vezes, de maneira imediata e severa, podendo levar à morte).

Com efeito, no caso das pessoas com hipersensibilidade alimentar, o desencadeamento de uma reação alérgica muitas vezes independe da quantidade de exposição ao alérgeno, bastando que ele esteja presente, ainda que na forma de pequenas quantidades de alérgenos involuntariamente adicionado ao produto na linha de produção (os “traços”). Exatamente por conta da necessidade de se assegurar a proteção da saúde deste grupo de pessoas (e de seus cuidadores, em sentido amplo, abrangendo não apenas a família, mas os profissionais de saúde envolvidos no tratamento e acompanhamento da evolução da alergia alimentar), defende-se a necessidade de se garantir uma alimentação adequada aos indivíduos com hipersensibilidade alimentar, o que se daria por meio da correta rotulagem dos principais alergênicos nos produtos alimentícios, sem prejuízo da disponibilização de tais informações junto aos canais de atendimento aos consumidores, seja sítio eletrônico ou serviço telefônico de atendimento ao cliente.

Produtos que contenham substâncias potencialmente alergênicas, ainda que não sejam potencialmente nocivos ou perigosos a todos os consumidores, podem expor pessoas com alergia alimentar a uma série de riscos, sendo certo que a prevenção dependeria unicamente da correta rotulagem dos produtos alimentícios. Assim, a fim de se atender ao disposto no artigo 9º do CDC, sustenta-se o dever de o fornecedor “informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade”³⁶. Frise-se que a eventual indicação da presença ou ausência de alérgeno deve ser precisa, sob pena de responsabilização pela disparidade de informações indicadas no produto, nos termos do artigo 18 do CDC.

Ora, tendo a dieta um papel crucial na vida (pensando em existência e também na qualidade), é dever do Estado zelar para que

seja garantido o atendimento às necessidades dietéticas da população com alergia alimentar, com o correspondente fornecimento de opções seguras aos cidadãos que têm alergia alimentar, donde se extrai a necessidade de que haja norma impondo o dever de destaque dos principais alergênicos nos rótulos dos alimentos.

Dentro deste contexto e com suporte nestas premissas, surgiu o movimento Põe no Rótulo, que pôs luz na questão do direito à alimentação com este enfoque nas necessidades alimentares especiais, mormente nas demandas da população que convive com alergia alimentar.

8. Movimento Põe no Rótulo

O movimento Põe no Rótulo (#poenorotulo) foi criado por um grupo de mães de crianças com alergia alimentar que se uniu com o objetivo de abrir os olhos da população não alérgica para a necessidade da informação e para tornar obrigatória a rotulagem de alimentos alergênicos.

O tema se torna especialmente relevante quando se considerada a estimativa da Associação Brasileira de Alergia e Imunologia (ASBAI) de que 6-8% das crianças com menos de três anos de idade sofrem de alergia alimentar e que entre 2-3% da população adulta padece de restrição dietética, sendo os alérgenos mais comuns: leite, soja, ovo, amendoim, oleaginosas, trigo, peixe e crustáceos, alimentos que não são tão incomuns na dieta das pessoas³⁶.

É sabido que o tratamento da alergia alimentar se dá pela dieta de exclusão³⁷, isto é, uma pessoa com alergia alimentar não pode consumir alimentos que contenham ingredientes aos quais tem alergia, sob a pena de exposição ao risco de reações alérgicas, que podem ser graves, com risco, em alguns casos, de comprometimento da própria vida da pessoa.

Assim, uma vez diagnosticada a alergia alimentar, a fim de que não ocorra uma reação alérgica, o paciente é orientado a ler atentamente todos os rótulos de todos os produtos em toda ocasião que for consumir algo. Desse modo, a pessoa com alergia alimentar – ou aquele que desempenha o papel de cuidador – enfrenta os desafios comuns a todos os consumidores quanto à dificuldade de leitura de lista de ingredientes

em fonte pequena inscritas em embalagens que nem sempre apresentam boas condições de legibilidade (exemplos: lista de ingredientes na dobra das embalagens, embalagens espelhadas e/ou com pouco contraste entre a cor da fonte e a do fundo da embalagem).

Ademais, quando não há padronização no modo de se indicar a presença de alergênicos, a pessoa também padece para identificar o ingrediente alergênico no meio da lista de ingredientes porque ele pode aparecer com diversas nomenclaturas, incluindo algumas pouco intuitivas, como caseína indicando a presença de leite, albumina indicando a presença de ovos ou gorduras vegetais que podem indicar a presença de soja. A proteção da saúde dessa pessoa (e da vida, muitas vezes) passa a depender da capacidade de decifrar rótulos, de “caçar” palavras no meio da lista de ingredientes. Isto seria muito menos complexo se os ingredientes alergênicos fossem destacados de maneira uniforme, em localização padronizada, com linguagem acessível à população leiga.

Como se já não fosse o suficiente, outro desafio que a população alérgica enfrentava se relacionava à inexistência de normas que tratassem da rotulagem preventiva, que é aquela que adverte quanto ao risco da presença de traços de alergênicos nos produtos, isto é, a possibilidade de alguma substância alergênica ser adicionada involuntariamente, em virtude da dinâmica do processo fabril (resquícios de uma produção contendo um dado alergênico que acabam sendo adicionados em outro produto que não continha esta substância como ingrediente). Sabendo que o desencadeamento de reações alérgicas nem sempre demanda grande quantidade de alérgenos, ou seja, basta a sua presença em mínima quantidade, a ausência de regras que imponham o dever de rotulagem preventiva exponenciava o risco de os alérgicos consumirem inadvertidamente um dado alergênico.

Vale acentuar que existiam alguns poucos produtos no mercado que já destacavam a presença de ingredientes alergênicos, mas, por não ser, até então, uma regra comum a todos os produtos disponibilizados ao mercado consumidor, a ausência de uniformidade colocava a população alérgica em situação ainda mais delicada, pois muitas pessoas acreditavam que, em comparação com um produto que destacava o risco da presença de traços, aquele que nada informava seria seguro, o que

muitas vezes não era uma ilação correta, caso a ausência de informação representasse tão somente o silêncio pela falta de obrigatoriedade legal (e não a inexistência do risco de contaminação incidental).

É neste contexto de insegurança que surge o Põe no Rótulo, famílias espalhadas fisicamente, mas com um mesmo objetivo: conquistar o direito de ter informação acessível sobre alergênico nos rótulos dos produtos. Na linha do que ensina Castells, o movimento nasce emocionalmente motivado (mães que padecem na busca por produtos seguros para o consumo da família, especialmente da criança com alergia alimentar), a partir do momento em que a raiva (pela inércia do governo em tutelar a saúde e a alimentação adequada da população com alergia alimentar) se torna uma ação consertada entusiasmada pelo espaço que, em pouco tempo de existência, conquistou (e segue conquistando), tanto no plano virtual, quando no espaço urbano³⁸.

A página da campanha no Facebook ([www.facebook.com/ poenorotulo](http://www.facebook.com/poenorotulo)), criada em fevereiro de 2014, com menos de uma semana de vida já tinha mais de 10 mil curtidas, em três meses estava com mais de 42 mil curtidas, e passados dois anos do seu surgimento tem mais de 125 mil curtidores.

No plano real, recebeu apoio não apenas de pessoas ligadas à política e à mídia, mas também de grupos de proteção e defesa dos consumidores (Proteste, IDEC), associações profissionais (ASBAI, cooperativa de pediatras do Ceará), grupos que defendem os interesses de pessoas com doença celíaca (Fenacelbra, Acelbra-SP), Ministério Público Federal, Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (Consea), Instituto Alana, Instituto Pro Bono, Akatu, ACT+, entre outros.

Pouco tempo após o surgimento da campanha, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa, a quem compete proteger a saúde da população, demonstrou interesse em regulamentar a rotulagem de alergênicos em alimentos, tendo promovido, em abril de 2014, reunião com as partes interessadas para apresentar e debater proposta de regulamentação do tema, que aguarda publicação no sítio da Agência para consulta pública.

Ato contínuo, em maio de 2014, a Diretoria Colegiada determinou que a área técnica da Anvisa deveria adotar providência no sentido

de regulamentar a rotulagem de alergênicos no Brasil, dando-se publicidade ampla ao debate por meio da realização de consulta pública.

Em 29 de maio de 2014, a Diretoria Colegiada aprovou a realização de uma consulta pública (Consulta Pública n. 29/2014), para que a sociedade pudesse se manifestar, ao longo de 60 dias, sobre a Proposta de Resolução de Diretoria Colegiada que dispõe sobre Rotulagem de Alergênicos em Alimentos. O movimento Põe no Rótulo não só apresentou a sua contribuição como promoveu a realização de tal consulta nas redes sociais e na imprensa, de modo que a população pudesse participar desta etapa do debate normativo.

Conforme dados da Agência, a consulta pública atingiu um número de participantes superior à soma das 32 consultas realizadas anteriormente pela Anvisa. Assim, “bateu recordes de participação em comparação às demais consultas públicas realizadas pela Anvisa. No total, 3.531 participantes enviaram 5.475 contribuições. Dessas propostas, 96,5% foram de pessoa física e mais de 97% dos participantes acreditam que o novo regulamento trará impactos positivos em suas rotinas e atividades”. A maior parte dos participantes – 41,26% – soube da consulta por meio de amigos ou colegas de trabalho”.

Evidencie-se que houve mais de 99% de concordância com a proposta, segundo dados levantados pela Anvisa ao final do período de dois meses em que a proposta de regulamentação estava aberta à consulta pública; este dado não pode ser ignorado.

Entre o fim do ano de 2014 e o começo de 2015, a Anvisa realizou chamada pública para definição da agenda regulatória do biênio 2015 e 2016 e, mais uma vez, o movimento Põe no Rótulo divulgou a consulta e estimulou a participação da sociedade.

Nesta ocasião, houve novo recorde de participação popular: na primeira consulta, em dezembro de 2014, “o macrotema de maior interesse foi Alimentos, com 2.596 manifestações, e destaque para o tema de Rotulagem e Informações ao Consumidor”. Na segunda fase de diálogos com a sociedade, ocorrida no início de 2015, a “etapa

A ausência de regras que imponham o dever de rotulagem preventiva exponenciava o risco de os alérgicos consumirem inadvertidamente um dado alergênico

contou com 5.858 participantes, com destaque para as participações no macrotema de alimentos”, sendo que 97,72% dos participantes disseram que o “problema merece ação imediata e tem que ser resolvido (ato publicado) em, no máximo, 6 meses”.

Na sequência, foi publicado no *Diário Oficial da União* do dia 20 de abril de 2015 o Aviso de Audiência Pública n. 01/2015, por meio do qual a Diretoria Colegiada deste órgão convocou os interessados a participarem do debate presencial sobre a proposta de resolução que dispõe sobre rotulagem de alergênicos.

A audiência pública foi realizada em 6 de maio de 2015 e contou com a participação de 119 pessoas e os debates foram riquíssimos: setor produtivo, consumidores que convivem com alergia alimentar, representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, da ASBAI, da Secretaria de Defesa do Consumidor e a Gerência de alimentos puderam expor seus pontos, necessidades, desafios e perspectivas.

Cumprir pontuar que, de acordo com dados apresentados por Renato Porto em 24 de junho de 2015, além da participação presencial de cidadãs e cidadãos, muitas pessoas acompanharam o desenrolar dos debates em tempo real pela internet, tendo havido 1.788 acessos, sendo certo que “nenhum participante relatou discordar da proposta e 78% dos participantes consideraram que a norma afetará positivamente suas rotinas e atividades”.

Coroando este amplo, transparente e democrático debate, em 24 de junho de 2015 foi realizada uma reunião de diretoria colegiada – DICOL, na qual também houve participação de diversos interessados no tema, que culminou com a tão esperada e devida aprovação, por unanimidade, da Resolução RDC 26/15, cujo texto foi publicado no *Diário Oficial* em 3 de julho de 2015.

A intensa participação popular durante a construção do texto da Resolução RDC 26/15 foi objeto de consideração por parte dos diretores da Anvisa, como é o caso da manifestação do diretor Renato Porto:

Entendo pertinente a aprovação da proposta de resolução pela Diretoria Colegiada, visando garantir os direitos básicos dos consumidores com o acesso a alimentos seguros, com informações claras e precisas de sua composição e seus eventuais riscos que é

um dos principais obstáculos encontrados por indivíduos com alergia alimentar.

O diretor José Carlos Magalhães da Silva Moutinho, em sua manifestação, ponderou:

E a relevância do tema alergia alimentar e o direito à informação vai se expressar nesse regulamento que está nascendo e nasceu por tudo que foi falado aqui do bom debate entre a sociedade civil organizada, o setor regulado e a comunidade científica. Permitiu que a gente pudesse ter um arcabouço regulatório voltado para esse tema e vai emitir, ser atualizado a todo momento como o próprio relator nos colocou muito bem aqui, é fruto também das necessidades não só da sociedade, mas também dos avanços científicos que se fizerem necessários.

Aprovada a norma e levando em conta todo o debate havido até a aprovação do texto final, foi determinado o prazo de 12 meses para as empresas adequarem seus rótulos à Resolução RDC 26/15 (art. 11).

Nesse último ponto, cabe ressaltar que em abril foi aberto um processo administrativo, n. 25351.005693/2016-98, que tratava de pedidos de prorrogação do prazo de adequação inicialmente previsto na Resolução RDC 26, de 2 de julho de 2015, em diferentes extensões: 6, 12 ou 18 meses. Após a constatação de que o tema já estava em debate há longos meses, que a saúde e segurança da população alérgica merecia cuidado e que faltava, nos pedidos, indicação de dado concreto e específico que demonstrasse efetiva tentativa de adequação desde a aprovação da resolução em comento, o prazo foi mantido pela unanimidade da Diretoria Colegiada, que, em 1º de junho de 2016, indeferiu os pedidos de adiamento fundamentando-se na urgência em se proteger a população que tem alergia alimentar, no papel que tem a Anvisa de proteger a saúde do consumidor e no dado de que a indústria tem o dever de conhecer aquilo que produz, mormente quando se trata de alimento.

Mais uma vez, o movimento Põe no Rótulo atuou de forma decisiva, através da apresentação de três manifestações escritas,

reunião presencial com o diretor relator do processo em 20/05 e manifestações orais de suas representantes na Reunião Pública de Diretoria Colegiada.

Ressalte-se, outrossim, que o Colegiado da 3ª Câmara do Ministério Público Federal, em 8 de junho de 2016, por ocasião da 4ª Sessão Ordinária de Coordenação, emitiu nota de apoio à decisão da Anvisa em que foi realçado que “as pessoas alérgicas têm sua situação de vulnerabilidade agravada quando não encontram informações precisas e suficientes sobre substâncias que compõem os alimentos”³⁹.

Ademais, de acordo com a nota de apoio em tela, a decisão pelo não adiamento parte de “agência especializada”, a quem cabe tutelar a saúde da população brasileira, incluindo a população com alergia alimentar:

A tutela do direito à saúde da população torna-se mais eficaz na medida em que a regulação específica produzida pela agência especializada tem o condão de prevenir danos à saúde dos consumidores, dentre eles os causados pela ingestão de substâncias potencialmente alergênicas.

A nota destaca claramente que a Resolução RDC 26/15 surge dentro de um contexto dialógico e que prima pela observância à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor, razão pela qual merece apoio e reconhecimento das entidades e instituições que promovem a defesa dos consumidores, *verbis*:

5. As decisões tomadas pela Diretoria da Anvisa de expedir a Resolução RDC 26/15 e a de confirmar, à unanimidade, a data para o seu integral cumprimento merecem apoio e reconhecimento das entidades e instituições que promovem a defesa dos consumidores, considerando especialmente a sua postura, neste caso, de diálogo com a sociedade civil e a busca de implementação de segurança alimentar e dos direitos dos consumidores previstos na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor.

Na sequência, passados mais de dois anos do início do processo de debate que resultou na aprovação da Resolução RDC 26/15, que,

diga-se, contou com reunião presencial, consulta e audiência pública, reuniões de diretoria colegiada nas quais foi franqueado o uso da palavra pelas partes interessadas, o tema foi levado ao Judiciário e, em algumas das demandas, o movimento Põe no Rótulo foi admitido na condição de *amicus curiae*, situação que permitirá a colaboração com o deslinde das demandas e com a desconstrução de argumentos falaciosos que porventura sejam apresentados em juízo.

O fato é que as pessoas que têm alergia alimentar demandam, em função de tal fato, atenção especial por parte do Estado, mormente no que se refere ao sistema de proteção à saúde. O fornecimento de alimentação adequada, com especial atenção às restrições alimentares, é um dever do Estado intrinsecamente relacionado à sua obrigação de promover o direito à saúde e à alimentação adequada. Nesse contexto, o Estado deve atentar para a promoção de medidas que viabilizem, ao consumidor com alergia alimentar, o direito de obter informações sobre a presença dos principais alergênicos nos rótulos dos produtos. A aprovação da Resolução RDC 26/15 cumpre com este mister e, assim, deve ter sua autoridade mantida e incentivada por todos.

9. Considerações finais

De todo o exposto, temos que o ordenamento jurídico brasileiro confere *status* prioritário a ações que visem à proteção da criança e do adolescente, o que inclui indubitavelmente a proteção dos direitos à vida, à saúde e à alimentação adequada deste grupo de pessoas.

A proteção do direito à saúde, pela Constituição Federal e demais normas brasileiras, abrange não apenas o tratamento de doenças, mas também a sua prevenção, sendo dever do Estado promover ações que visem mitigar o risco de danos à saúde da população, lembrando que sua inação é considerada como omissão inconstitucional.

O direito à saúde correlaciona-se com o direito à alimentação, que, em seu viés de adequação, demanda que a oferta de alimentos considere as necessidades dietéticas das pessoas. No caso dos alimentos industrializados, esta oferta passa pela obrigatoriedade de que os rótulos tragam informações claras sobre o conteúdo dos produtos e os riscos

que representam, ainda que tais riscos não se apliquem à totalidade da população.

Nesta toada, o Superior Tribunal de Justiça, em decisão relatada pelo ministro Herman Benjamin, concluiu que o Estado deve considerar as necessidades não apenas dos vulneráveis, mas também dos “hipervulneráveis”, isto é, as minorias devem ser protegidas pelo direito, proteção esta que depende da clareza das informações disponibilizadas nos rótulos dos alimentos.

Não é por outra razão que a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região reiterou o decidido em primeira instância no sentido de que o consumidor tem na transparência e devida informação “seu escudo de proteção, de absoluta necessidade na hora de exercer o direito de opção”.

Neste contexto e com base em tais premissas, surge o movimento Põe no Rótulo, que atuou como agente catalizador de uma demanda latente da sociedade, em especial a população com alergia alimentar: a garantia qualificada do direito à informação.

O processo de criação, discussão e aprovação da Resolução RDC 26/15 ganhou destaque nas redes sociais, em veículos de imprensa, no ambiente político e acadêmico, eis que foi resultado de amplo e transparente debate, com a participação ativa de diversos interessados, inclusive a população.

Esta experiência pode – e deve – ser reproduzida no debate de outras ações que visem tutelar os direitos sociais, mormente o direito à saúde e à alimentação da população, sendo certo que o assunto se torna ainda mais urgente e relevante quando se tem em mente que crianças e adolescentes estão expostas a alimentos cujas embalagens ainda carecem de clareza em relação ao seu conteúdo, seja pela tecnicidade das informações dispostas, seja porque dados essenciais ganham menos destaque que as cores, imagens e publicidade constante das embalagens dos alimentos.

Notas

1. Maria Cecília Cury Chaddad. Mestre e doutora em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, advogada e coordenadora do movimento Põe no Rótulo.

2. SANTOS, Lenir. “Direito à saúde e qualidade de vida”. In: SANTOS, Lenir (org.). *Direito da saúde no Brasil*, Campinas: Saberes, 2010, p. 148/149.
3. SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 806.
4. “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.” Disponível em: <<http://www.who.int/about/definition/en/print.html>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
5. Disponível em: <http://apps.who.int/disasters/repo/13849_files/o/UN_human_rights.htm>. Acesso em: 19 jul. 2016.
6. *A eficácia e acionabilidade dos direitos sociais: uma análise à luz da Constituição de 1988*. São Paulo, 2003. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 72.
7. Disponível em: <<http://www.fao.org/docrep/003/w3613.e/w3613e00.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
8. VALENTE, Flavio Luiz Schieck. “Do combate à fome, à segurança alimentar e nutricional: o direito à alimentação adequada”. In: VALENTE, Flávio Luiz Schieck. *Direito humano à alimentação: desafios e conquistas*, São Paulo: Cortez, 2002, p. 180.
9. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *O impacto da rotulagem dos alimentos transgênicos no direito da personalidade e na sadia qualidade de vida*. [Tese]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.
10. Disponível em: < <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/escgencom12.htm>>. Acesso em: 19 jul. 2016.
11. MALFATTI, Alexandre David. *O princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor*. [Dissertação]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2001, p. 162.
12. MALFATTI, Alexandre David. *O princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 112.
13. “Concepção contemporânea de direitos humanos: desafios e perspectivas”. In: *Direitos humanos: desafios humanitários contemporâneos: 10 anos do estatuto dos refugiados (Lei 9.474, de 22 de julho de 1997)*, coord. João Carlos de Carvalho Rocha, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques Filho, Ubiratan Cazetta. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 21.
14. COSTA, Sueli Alves da. *Desenvolvimento ético sob a égide da responsabilidade socioambiental*. [Dissertação]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008, p. 168.
15. PFEIFFER, Maria da Conceição Maranhão. *Direito à informação e ao consumo sustentável*. [Tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 151.
16. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5. ed, São Paulo: RT, 1992, p.12.
17. CARVALHO NETO, Frederico da Costa. “Direitos básicos: comentários ao artigo 6º, do CDC”. In: Sodré, Marcelo Gomes; MEIRA, Fabíola; CALDEIRA,

- Patrícia (org.). *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo: Verbatin, 2009, p. 63.
18. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 771/772.
 19. ANDRIGHI, Fátima Nancy. “O Código de Defesa do Consumidor pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”. In: MORATO, Antonio Carlos; e NERI, Paulo de Tarso. *20 anos do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 32.
 20. PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. [Tese]. São Paulo: Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 65.
 21. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 5. ed. São Paulo: RT, 1992, p. 77.
 22. CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *O impacto da rotulagem dos alimentos transgênicos no direito da personalidade e na sadia qualidade de vida*. São Paulo. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, 2006, p. 255.
 23. MALFATTI, Alexandre David. *O princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 309.
 24. MALFATTI, Alexandre David. *O princípio da informação no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2001. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 281-283.
 25. Fato do produto e do serviço. In: BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe (Orgs.). *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 126.
 26. TEIXEIRA, Luciano Custódio. *A bioética e os alimentos transgênicos no âmbito do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 159. Nesse mesmo sentido, CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. *O impacto da rotulagem dos alimentos transgênicos no direito da personalidade e na sadia qualidade de vida*. São Paulo, 2006. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica, p. 247.
 27. TJ/SP, 6ª Câmara de Direito Privado, 0016491-54.2001.8.26.0000, rel. José Joaquim dos Santos, j. 04/03/2010, DJ 30/03/10.
 28. TRF 3ª Região, 3ª Turma, rel. Rubens Calixto, 200461000316034, j. 30/06/11, DJ 15/07/11.
 29. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 6ª Câmara Cível, rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, Ap. Civ. n. 70046666319/2011, DJ 21/09/12.
 30. TRF 1ª Região, 5ª Turma, rel. Néviton Guedes, 2001.34.00.022280-6, j. 13/08/12, DJ 24/08/12.
 31. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 111.
 32. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Trad. Cláudio DeCicco e Maria Celeste C. J. Santos, 10. ed. São Paulo: Pólis e UnB, 1997, p. 5.

33. MARQUES, Floriano de Azevedo. Regulação Setorial e Autoridade Antitruste: a importância da independência do regulador. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da; MATTOS, Paulo Todescan Lessa (Coords.). *Concorrência e regulação do sistema financeiro*. São Paulo; Max Limonad, 2002, p. 96.
34. BONTEMPO, Alessandra Gotti. *Direitos sociais em juízo: mecanismos de aferição de resultado e controle do retrocesso social*. Direitos sociais em juízo: mecanismos de aferição de resultado e controle do retrocesso social. [Tese]. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 182.
35. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
36. Disponível em: < <http://www.sbai.org.br/impressao.asp?s=51&id=578>>. Acesso em: 10 jul. 2016.
37. *Guia Prático para o Diagnóstico e Tratamento das Alergias Alimentares* / Instituto Girassol. Grupo de Apoio aos Portadores de Necessidades Nutricionais Especiais. São Paulo: Instituto Girassol. Grupo de Apoio aos Portadores de Necessidades Nutricionais Especiais, 2006.
38. CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro, Zahar, 2013.
39. Disponível em < <http://www.mpf.mp.br/pgt/documentos/nota-de-apoio-rotulacao>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

INT/779
A ECONOMIA DA PARTILHA E A
AUTORREGULAÇÃO

BRUXELAS, 25 DE MAIO DE 2016

PARECER
DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU
SOBRE

A ECONOMIA DA PARTILHA E A
AUTORREGULAÇÃO
(PARECER EXPLORATÓRIO)

RELATOR: JORGE PEGADO LIZ

EXCERTOS

“O CESE volta a instar a Comissão no sentido de levar a cabo toda uma série de medidas de carácter político indispensáveis para que, a nível da UE e nos diversos Estados-Membros, as múltiplas formas e modalidades de economia partilhada sejam apoiadas, implementadas e ganhem credibilidade e confiança”

“É essencial a intermediação de uma plataforma que põe em contacto, designadamente por meios eletrónicos (um browser ou uma aplicação), uma pluralidade de predisponentes de bens ou serviços e uma pluralidade de utilizadores”

“Estimativas usadas pela Comissão Europeia apontam para que o volume de negócios mundial que se esconde sob a designação de economia da partilha ascendeu a 3,5 mil milhões de dólares em 2013, o que representaria um crescimento anual de 25%. Atualmente, seria já de 20 mil milhões”

“Se domínio há em que a definição dos parâmetros antes enunciados mais necessária se torna para o dotar de credibilidade e de confiança por parte dos seus utilizadores é inegavelmente o da economia partilhada, que muito teria a ganhar com uma sólida arquitetura de um quadro responsável de auto ou de correção a nível europeu”

Por carta de 16 de dezembro de 2015, e em conformidade com o artigo 304º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, M. J. Boereboom, diretor-geral no Ministério dos Assuntos Sociais e do Emprego dos Países Baixos, solicitou, em nome da Presidência neerlandesa, ao Comité Económico e Social Europeu que elaborasse um parecer exploratório sobre

A economia da partilha e a autorregulação.

Foi incumbida da preparação dos correspondentes trabalhos a Secção Especializada do Mercado Único, Produção e Consumo, que emitiu parecer em 10 de maio de 2016.

Na 517ª reunião plenária de 25 e 26 de maio de 2016 (sessão de 25 de maio), o Comité Económico e Social Europeu adotou, por 133 votos a favor, 1 voto contra e 7 abstenções, o seguinte parecer:

1. Conclusões e recomendações

1.1 Na sequência do pedido da Presidência neerlandesa para que o CESE elaborasse um parecer exploratório sobre “*Sharing economy and self-regulation*” e no termo dos seus trabalhos, apresenta agora a sua opinião e formula as seguintes conclusões.

1.2 O CESE, em vários dos seus pareceres, de que o presente é evidentemente tributário, já tinha antecipado vários aspetos deste fenómeno sob as diferentes designações que, consoante as línguas e as óticas de aproximação, ele comporta.

1.3 Procurou agora, de acordo com o pedido formulado, uma definição das características específicas da economia da partilha que englobe as práticas económicas que relevem da sua noção e de que modo essas condutas económicas e sociais devem ser tuteladas pelo Direito, por que formas e por que meios, designadamente pela auto ou correção.

1.4 Social e economicamente relevante, a partir dos anos 2000, com a utilização da Internet e das redes sociais, não é uma conduta recíproca de troca, velha como o aparecimento do Homem, mas antes um “comportamento pró-social não recíproco”, ou mais exatamente “o ato e o processo de distribuir o que é nosso com outros para o seu uso e/ou o ato e o processo de receber ou de tomar alguma coisa de outros para o nosso uso”.

1.5 Mais do que uma definição, que no entanto se procura dar, o que importa é definir as suas características e delas se destacam:

- a de que esta prática não conduz à propriedade de bens, nem à sua compropriedade, mas a uma comunhão de uso ou de utilização;
- a intermediação de uma plataforma que põe em contacto, designadamente por meios eletrónicos, uma pluralidade de predisponentes de bens ou serviços e uma pluralidade de utilizadores;

– um objetivo comum do melhor aproveitamento dos bens ou serviços em causa através da sua partilha;

– e que as partes finais nestes negócios de estrutura triangular complexa sejam primordialmente “pares” (P2P) e nunca relações contratuais B2C.

1.6 Esta caracterização, ajudada por um conceito relativamente consensual, permite definir o modelo deste tipo de relações económicas e distinguir as atividades que relevam efetivamente da economia de partilha e devem ter um regime especial e as que, por vezes, utilizam indevidamente essa denominação para apenas se esquivarem a uma regulamentação que lhes deve ser aplicada, e de que é exemplo de atualidade a Uber. Uma segregação analítica mais precisa do que seja “partilha”, e do que é baseado em plataforma, poderá aconselhar melhor a decisão política e a regulação mais adequada.

1.7 Evidencia-se ainda a crescente relevância económica das manifestações da economia da partilha, a atingir já um significativo volume de negócios na Europa e no mundo, e salienta-se a sua dimensão social e ambiental, potenciadora de estreitar laços de solidariedade entre os cidadãos, de revitalizar a economia local, de criar emprego, de racionalizar o consumo das famílias mutualizando o uso de certos bens, de diminuir a pegada energética e de favorecer um consumo mais responsável e sustentável. Alguns exemplos relevantes são dados no ponto 5.2.

1.8 Nestas circunstâncias, o CESE volta a instar a Comissão no sentido de levar a cabo toda uma série de medidas de carácter político indispensáveis para que, a nível da UE e nos diversos Estados-Membros, as múltiplas formas e modalidades de economia partilhada sejam apoiadas, implementadas e ganhem credibilidade e confiança.

1.9 Alerta ainda para a necessidade de que estes novos modelos de negócio cumpram a legislação nacional e da UE aplicável e assegurem designadamente os direitos dos trabalhadores, uma tributação adequada, a proteção dos dados e da vida privada dos intervenientes, os direitos sociais, uma concorrência leal e o combate aos monopólios e às práticas anticoncorrenciais, a responsabilização das plataformas nos negócios celebrados entre os parceiros e o respeito da legalidade das suas ofertas e, acima de tudo, a proteção dos direitos de todos os parceiros que atuam na economia partilhada, incluindo do *prosumer*, com a adaptação a estas relações de todo o acervo da UE vigente em matéria de direitos dos consumidores, designadamente o relativo às cláusulas abusivas, às práticas comerciais desleais, saúde e segurança e ao comércio eletrónico.

1.10 Entende, assim, o CESE que a UE – e, evidentemente, os Estados-Membros, reunidos em Conselho sob a égide da Presidência neerlandesa – deve urgentemente definir um quadro jurídico claro e transparente em que estas atividades se devem desenvolver e atuar no espaço europeu, no sentido definido no ponto 8.2.4, e insta a Comissão a rapidamente publicar a expectada Agenda para a Economia Partilhada ou Colaborativa, que já tarda.

1.11 E a definir nela, com clareza, qual o papel complementar que devem ter a auto e a correção, de acordo com os princípios e as modalidades que o CESE já definiu há anos em pareceres e relatórios de informação especificamente focados nestes aspetos, que se reafirmam e se dão por reproduzidos.

2. Introdução: um tema atual e controverso

2.1 A Presidência neerlandesa pediu ao CESE, por carta do Ministério dos Assuntos Sociais e do Emprego, que elaborasse um parecer exploratório sobre “*Sharing economy and self-regulation*”, não tendo precisado quaisquer orientações nem formulado quaisquer questões.

2.2 A questão da economia da partilha, a começar pela sua definição e delimitação conceptual até às diferentes noções que engloba e às práticas que integra e aos seus efeitos, é tema altamente controverso e de atualidade.

2.3 Inúmeras são as práticas que, nos anos recentes, se têm reclamado do seu conceito, como inumeráveis são já os escritos de natureza vária que sobre este tema se têm produzido.

2.4 Não é de admirar assim que o CESE, sempre atento às diferentes pulsões da sociedade civil, em vários dos seus pareceres, de que o presente é evidentemente tributário¹ e cuja filosofia geral se acolhe e desenvolve, tenha antecipado vários aspetos deste fenómeno sob as diferentes designações que, consoante as línguas e as óticas de aproximação, ele comporta.

2.5 O objeto do presente parecer será responder ao pedido da Presidência neerlandesa, procurando chegar a uma definição das características específicas da economia da partilha que a autonomize conceptualmente e englobe as práticas económicas que relevem da sua noção e se, e de que modo, essas condutas económicas e sociais devem ser tuteladas pelo Direito, por que formas e por que meios, designadamente pela auto ou correção.

3. Uma questão de atitude perante o “ter e o ser”

3.1 As práticas de certas formas ditas de economia da partilha nascem mesmo antes da conceptualização da sua noção, por uma atitude relativamente ao ter e ao ser que releva fundamentalmente da ideia de que “tu não és aquilo que tens” mas “aquilo a que podes aceder”.

3.2 É evidente que uma certa economia da partilha é tão antiga como a humanidade e encontra as suas raízes históricas na “economia de troca” das sociedades primitivas, só sendo paulatinamente destronada com a introdução da moeda que confere a quem a possui a faculdade de comprar e assim de ter.

3.3 O que se torna, no entanto, social e economicamente relevante, a partir dos anos 2000, com a utilização da Internet e das redes sociais, não é uma conduta recíproca de troca, mas antes um “comportamento pró-social não recíproco”, ou mais exatamente “o ato e o processo de distribuir o que é nosso

com outros para o seu uso e/ou o ato e o processo de receber ou de tomar alguma coisa de outros para o nosso uso”. Por isso, a economia da partilha inspira-se de várias correntes de pensamento que vão desde o livre acesso gratuito e universal ao conhecimento, à economia da funcionalidade ou à economia da dádiva (*Gift Economy*) focada nas trocas sem lucro. Ao contrário da pura economia de troca, a economia da partilha baseia-se numa ideia de contraprestação monetária ou não monetária.

4. Uma prática economicamente relevante

4.1 É a partir desta noção que se deverá partir para delimitar o domínio próprio e específico da economia da partilha nas suas várias facetas enunciando as características que devem apresentar as suas práticas e que as permitem distinguir das outras práticas económicas de mercado.

4.2 Antes de mais, a característica dominante e comum é a de que esta prática não conduz à propriedade de bens, nem à sua compropriedade, mas a uma comunhão de uso ou de utilização.

4.3 Por outro lado, é essencial a intermediação de uma plataforma que põe em contacto, designadamente por meios eletrónicos (um *browser* ou uma aplicação), uma pluralidade de predisponentes de bens ou serviços e uma pluralidade de utilizadores.

4.4 Um objetivo comum e característico deste tipo de atividade é o melhor aproveitamento (*idling capacity*) dos bens ou serviços em causa através da sua partilha.

4.5 Também se julga essencial que neste modelo de negócio as partes finais sejam primordialmente “pares” (P2P) e nunca relações contratuais B2C, quer se trate de pessoas singulares ou coletivas, incluindo sociedades, mas que não façam elas mesmas dessa partilha o seu objeto comercial (por exemplo, uma sociedade pode partilhar com outra o uso de uma frota automóvel ou de uma série de equipamentos de reprodução). A possibilidade, no entanto, de entre “pares” se poder criar todo um “negócio” não pode ser descartada.

4.6 O gráfico seguinte ilustra as diferenças dos modelos de negócio em confronto:



4.7 Este tipo de negócio pressupõe uma triangulação contratual complexa traduzida nas relações contratuais entre o detentor do bem ou prestador do serviço com a entidade que gere a plataforma; entre o utilizador e a entidade que intermedeia a transação na plataforma, eventualmente mediante um preço; e entre os utilizadores da plataforma entre si para a utilização em causa.

4.8 Por isso, não se julga que sejam designadamente características distintivas ou específicas:

- a) o carácter gratuito ou oneroso, o Couchsurfing vs Airbnb;
- b) a reciprocidade das posições contratuais;
- c) o carácter financeiro ou não financeiro da operação, assim se aceitando a inclusão do *crowdfunding* nesta atividade;
- d) a mera partilha de bens ou serviços entre particulares (a “boleia” dada a um colega, a cedência temporária de um quarto para pernoita ou estadia de um amigo, a oferta da utilização da máquina de lavar roupa quando a do vizinho se avaria);
- e) a troca ou venda de bens em 2ª mão, pois não implicam partilha e têm como consequência a transmissão da propriedade dos bens.

5. Alguns exemplos práticos do que são ou não são manifestações de economia partilhada

5.1 As limitações impostas à extensão deste parecer não permitem uma larga enunciação e menos ainda a discussão em detalhe da natureza de toda uma série vasta de situações que alegadamente relevam das características enunciadas de economia partilhada e que se encontram com facilidade em qualquer dos muitos textos constantes do anexo 1.

5.2 Alguns merecem no entanto uma referência específica para ilustração do objeto do parecer:

5.2.1 No setor do alojamento destacam-se Airbnb, Rentalia, Homeaway, Couchsurfing e BedyCasa, plataformas em que se registam proprietários de imóveis para partilha temporária de quarto ou toda a casa, sendo ainda possível que *hostels*, pousadas e outros alojamentos turísticos disponibilizem os seus alojamentos nestas plataformas. Dada a facilidade com que qualquer um pode juntar o seu imóvel a estas redes de partilha, e acrescentando o lucro que os proprietários retiram desta atividade, a proliferação de alojamentos deste segmento tem conduzido a acordos para colaboração na cobrança e entrega de impostos entre as plataformas e as autoridades tributárias, designadamente em Paris e Amesterdão. Em Amesterdão, Barcelona, Londres e Berlim foi criado um regime de registo obrigatório destes alojamentos e regras de limitação no tempo, com o objetivo de não prejudicar o arrendamento a longo prazo e impedir o consequente aumento das rendas.

5.2.2 No setor dos transportes poderemos referir Blablacar, Umcoche, Liftshare, Karzoo, aplicações que possibilitam o registo de proprietários de

veículos particulares que pretendem partilhar os lugares livres das suas viaturas nas suas viagens (*carpooling*). Nalgumas destas plataformas podem ser partilhadas as despesas da viagem, mas não é permitida a cobrança de valores com fins lucrativos. A Uber, no entanto, é um caso que merece ser distinguido, pois tanto disponibiliza serviços de partilha de veículos de particulares (UberPop – banido em quase toda a UE), como permite a solicitação de um serviço de deslocação com recurso a motoristas profissionais (Uberblack e UberX – aproximando-se do serviço tradicional dos táxis). A sua caracterização não é clara, uma vez que não é transparente o modelo de negócio da empresa, já se tendo inclusivamente discutido judicialmente se os motoristas Uber são funcionários da empresa². Este serviço tem levado a manifestações por vezes violentas e até a processos judiciais um pouco por toda a Europa. Apenas Inglaterra e Estónia têm legislação que veio legalizar os mesmos, aguardando-se a resposta do TJUE às questões prejudiciais enviadas por um tribunal de Barcelona e de Bruxelas para o esclarecimento da sua natureza³.

5.2.3 Exemplos de financiamento colaborativo são o financiamento por empréstimo com remuneração de juros, como Zopa e Auxmoney; financiamento de capital com participação social na empresa criada, como Fundedbyme e Crowdcube; financiamento por recompensa, como Kickstarter ou Indiegogo, e, por último, o financiamento através de donativo, em que não é acordada qualquer contrapartida pela entrega dos montantes.

6. A necessidade da definição de um conceito

6.1 Como é habitual, o esforço de conceptualização, em especial quando o método é indutivo, não é linear, levando tempo a sedimentar-se e a recolher uma unanimidade de entendimento. É o que se passa com a noção de “economia partilhada”, que aparece nos meios de comunicação social, ao lado de outras noções, como “economia social ou solidária”, “economia circular”, “economia funcional”, “economia verde”, “economia azul”, “economia das soluções”, “economia horizontal”, “economia *on demand*”, “economia das plataformas” e “*Gig Economy*”.

6.2 Por isso, alguns autores preferem nem sequer tentar uma definição por receio de ela não ser suficientemente abrangente ou, ao contrário, não delimitar corretamente o seu âmbito.

6.3 Nos pareceres do CESE, apesar das múltiplas referências a esta noção, nunca foi tentada uma definição; identicamente, no parecer do CR⁴, embora seja tentada uma classificação em duas categorias principais e quatro formas, também se não arrisca uma definição; por fim, a Comissão, na sua recente comunicação – Melhorar o Mercado Único⁵, utiliza antes o termo “economia colaborativa”, tida como sinónimo mas, em vez de uma definição, limita-se a enunciar os benefícios para alguns interessados (consumidores, trabalhadores) e a apontar para os seus

efeitos a nível da produtividade e da sustentabilidade, prometendo para 2016 uma “Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”. Do lado do PE, até ao presente não se encontrou qualquer contributo substancial para além da Resolução de 21.12.2015 “Rumo ao ato para o mercado único digital”⁶, de alguns estudos de elevada qualidade e alguns *briefings* sobre temas pontuais. Até agora, porém, em nenhum destes documentos se fez um estudo de impacto em termos de criação de emprego e de crescimento.

6.4 Não se julga que sobre esta matéria se tenha de ser original quando, das múltiplas definições expressas, uma haverá que parece concitar grande adesão; adota-se, assim, a definição de economia partilhada de Botsman & Rogers como “um sistema económico baseado na partilha de bens ou serviços subutilizados, gratuitamente ou contra um preço, diretamente pelos particulares”, através de plataformas em linha, apesar de uma segregação analítica mais precisa do que seja “partilha”, isto é, “não lucrativo”, e do que é baseado em plataforma poderá aconselhar melhor a decisão política e a regulação mais adequada.

6.5 Esta definição é suficientemente abrangente para incluir domínios tão variados como a produção, o consumo, passando pelo financiamento (*crowdfunding*) ou o próprio conhecimento e para permitir a sua divisão em quatro domínios com alguma autonomia: o consumo colaborativo; a educação, formação e o conhecimento colaborativos; o financiamento colaborativo; e a produção colaborativa⁷.

6.6 Esta definição permite também distinguir modelos de negócio que, sob a capa da economia partilhada, são na realidade negócios que visam unicamente o lucro e que representam modelos B2C. Esta conclusão é aferível pela análise do modo de funcionamento destas plataformas (embora nem sempre transparente), e podemos encontrar casos de verdadeira economia partilhada em que a relação estabelecida via plataforma é P2P, e o único papel da plataforma é possibilitar o contacto entre os pares, mas também exemplos de empresas que, sob uma aparência de plataforma P2P, intervêm de tal forma no negócio, recebendo comissões, sendo os destinatários dos pagamentos, prestando serviços acessórios, que não deverão ser tratadas como economia partilhada, mas sim como prestadoras de serviços B2C, com as consequências que tal acarreta.

6.7 Por outro lado, esta definição permite desde logo excluir do conceito de economia partilhada certo tipo de manifestações que nela se pretendem acolher, como sejam designadamente:

- a) a partilha de bens alimentares ou bens de consumo não duradouro;
- b) as sociedades mútuas e cooperativas;
- c) o empreendedorismo social;
- d) a benemerência;
- e) economia *on demand*;
- f) a economia da funcionalidade, mais ligada à economia circular;
- g) a mera intermediação.

7. O crescente relevo económico do fenómeno e algumas opções políticas a desenvolver

7.1 Embora ainda sem uma definição muito clara do seu âmbito, têm-se multiplicado os estudos e os inquéritos no sentido de determinar o peso económico deste fenómeno ao nível de UE e do mundo.

7.2 É desde logo inquestionável que, nos anos mais recentes e precisamente nestes tempos de crise, e como resposta a ela, as iniciativas de economia partilhada não têm cessado de aumentar; mais de 1000 iniciativas estão recensadas no sítio Internet www.collaborativeconsumption.com.

7.3 Estimativas usadas pela Comissão Europeia apontam para que o volume de negócios mundial que se esconde sob a designação de economia da partilha ascendeu a 3,5 mil milhões de dólares em 2013, o que representaria um crescimento anual de 25%. Atualmente, seria já de 20 mil milhões. As previsões do Gabinete de Estudos da PwC apontam para um muito acentuado crescimento até 2025⁸.

7.4 Para além de criadora de valor económico, a economia da partilha, na sua dimensão social e ambiental, é potenciadora de estreitar laços de solidariedade entre os cidadãos, de revitalizar a economia local, de criar emprego, de racionalizar o consumo das famílias mutualizando o uso de certos bens, de diminuir a pegada energética e de favorecer um consumo mais responsável e sustentável.

7.5 O CESE crê que este tipo de economia “representa um complemento vantajoso inovador económico e ecológico da economia da produção” e “além disso, representa uma solução para a crise económica e financeira”⁹.

7.6 Por isso, o CESE não se coíbiu de instar a Comissão no sentido de levar a cabo toda uma série de medidas de carácter político indispensáveis para que, a nível da UE e nos diversos Estados-Membros, as múltiplas formas e modalidades de economia partilhada sejam apoiadas, implementadas e ganhem credibilidade e confiança. No âmbito deste parecer não cabe senão dar por reproduzido o que, nestes aspetos, foi já adotado pelo CESE e para que se remete expressamente. Assim sendo, considera-se que os novos modelos de negócio que as plataformas representam colocam questões urgentes no que toca à aplicação da legislação nacional, assegurar os direitos dos trabalhadores e assegurar uma tributação adequada, entre outras. O CESE apela à Comissão que se debruce sobre estas preocupações se, de facto, os benefícios sociais destes modelos de negócios devem ser concretizados.

7.7 também importante apelar para a urgência de definições, orientações ou linhas diretrizes a nível europeu, porquanto alguns Estados-Membros se estão já individualmente a antecipar na definição das suas próprias políticas, face ao atraso e à aparente indefinição das instituições europeias.

8. Uma atividade tutelada pelo Direito

8.1 Os interesses em causa e a sua tutela jurídica

8.1.1 Como qualquer outra atividade que ponha em relação pessoas com os seus interesses próprios e eventualmente conflitantes, a economia partilhada releva do Direito e da regulação normativa dos interesses em causa. Julga-se, por isso, destituída de seriedade a posição daqueles que pretendem que a economia da partilha deve ser uma zona de “não direito” onde a liberdade deve imperar sem quaisquer barreiras nem constrangimentos, exclusivamente baseada na confiança e na bondade natural (à imagem do “bom selvagem” de Rousseau).

8.1.2 O CESE tem defendido, de forma constante e consistente, que qualquer atividade económica deve ser tutelada pelo Direito; o que, ao contrário, também tem defendido é que esta regulação pode ser de vários tipos, que se devem articular de forma harmoniosa.

8.1.3 Em especial no seu mais recente parecer sobre o papel da auto e da correção na UE¹⁰, para cujo teor se remete, o CESE defendeu designadamente que “a autorregulação e a correção” enquanto “mecanismos, espontâneos ou induzidos, de regulação de interesses económicos e sociais ou de relações e de práticas comerciais dos vários agentes económicos” devem ser considerados como importantes instrumentos complementares ou suplementares, mas nunca como alternativa, da heterorregulação (*hard law*), cuja validade depende de “a sua conformação e o seu âmbito serem definidos por preceitos expressos e explícitos de lei cogente e judicialmente aplicáveis, quer a nível nacional quer europeu, respeitando em simultâneo a natureza destes instrumentos, em particular o acordo voluntário dos participante”.

8.2 Direitos e obrigações

8.2.1 Com efeito, a partir do momento em que as práticas puramente espontâneas entre particulares assumam o relevo de uma atividade económica, e os direitos e as obrigações recíprocos das partes revistam carácter contratual, devem consequentemente estar sujeitos ao normativo, nacional ou europeu, que enquadre legalmente os direitos e as obrigações de uns e de outros.

8.2.2 Acontece que a complexidade das relações que está em causa neste fenómeno, e que se descreveu no ponto 4.7, é de molde a justificar uma definição de um quadro jurídico no qual os intervenientes se devem mover, principalmente quando essas atividades revelam um carácter híbrido, como são os casos de *freemium* ou de *donationware*, bem evidenciados no caso exemplar do *geocaching*.

8.2.3 Na medida em que o fenómeno extravasa hoje claramente, pela sua própria natureza, as fronteiras dos Estados-Membros, deve a UE definir, para o seu espaço comum e integrado de grande mercado único, o quadro jurídico aplicável sempre que estas atividades se desenvolvam transfronteiras. A sua falta está já na origem de uma série de tomadas de posição díspares e contraditórias em vários Estados-Membros relativamente a certos casos concretos (p. ex., Uber), à semelhança do que também vem sucedendo nos EUA.

8.2.4 Este quadro jurídico releva designadamente dos seguintes domínios prioritários:

a) proteção dos direitos de todos os parceiros que atuam na economia partilhada, incluindo o *prosumer*, com a adaptação a estas relações de todo o acervo da UE vigente em matéria de direitos dos consumidores, designadamente o relativo às cláusulas abusivas, às práticas comerciais desleais, saúde e segurança e comércio eletrónico;

b) direitos fundamentais dos “consumidores” que lhe devam ser extensíveis (informação, transparência, proteção de dados e privacidade, saúde e segurança;

c) proteção dos dados e da vida privada dos intervenientes (*tracking and profiling*) que garanta a portabilidade dos seus dados;

d) direito da concorrência na medida em que este tipo de atividades compita no mercado com empresas que prossigam idênticas finalidades e atividades, e na medida em que garanta uma concorrência leal e combata os monopólios e as práticas anticoncorrenciais e de modo a atender a outros desafios da economia da partilha;

e) direito fiscal, na medida em que os proveitos destas atividades não poderão ficar isentos da taxa adequada, combatendo a fraude e evasão fiscal;

f) a responsabilidade das plataformas nos negócios, consoante os serviços que prestam, e de acordo com o nível de intervenção que têm nos negócios que se concretizam através daquela e garantia do respeito da legalidade das suas ofertas;

g) o seu impacto no mercado do trabalho e na definição mesmo da noção e das formas de trabalho em ambiente digital;

h) proteção dos trabalhadores envolvidos, distinguindo as situações dos trabalhadores que não têm uma efetiva relação de trabalho com a plataforma, protegendo estes últimos de acordo com os princípios aplicáveis aos trabalhadores independentes, e aplicando os princípios de proteção dos trabalhadores àqueles que efetivamente se possam considerar seus trabalhadores dependentes, em particular no caso de “falsos” trabalhadores independentes ou trabalho precário;

i) proteção dos direitos e instrumentos sociais dos trabalhadores, como o direito de associação, o direito à greve, e o direito à contratação coletiva e ao diálogo social;

j) proteção dos modelos sociais e da capacidade dos Estados-Membros de manterem de forma sustentável esses modelos no futuro;

k) a dimensão ambiental com vista a monitorizar o impacto ambiental da economia colaborativa, prevenindo repercussões negativas¹¹;

l) direitos de autor e propriedade intelectual, a considerar na revisão da Diretiva 2001/29/CE.

8.3 Fórmulas de regulação

8.3.1 A nível da UE, único que releva para o presente parecer, o CESE entende que deve ser objetivo das suas instituições, a começar pela Comissão por força

do seu poder de iniciativa, mas igualmente do Conselho e do PE, dedicar uma atenção muito particular e urgente à adoção de um quadro regulamentar que defina com exatidão o seu âmbito de aplicação e os parâmetros nos quais esta atividade se deva desenvolver, sendo certo que as medidas devem ser ajustadas aos diversos tipos de economia partilhada.

8.3.2 Nesse quadro devem avultar os princípios comuns de interesse e ordem pública, que deverão ser considerados de cumprimento obrigatório pelos participantes nestas modalidades de atividade económica e designadamente os referidos no ponto 8.2.4.

8.3.3 Mas, como o CESE sempre tem dito, existe paralela e simultaneamente todo um espaço que deve ser deixado à auto e correção, julgando mesmo que se estará perante um caso exemplar do que alguns já chamam de “shared regulation”, como recentemente defendido pela Royal Society for the encouragement of Arts, Manufactures and Commerce, RSA HOUSE, Londres, ou o modelo de Código de Conduta elaborado pelo Sharing Economy UK (SEUK)¹².

8.4 Um papel especial para a autorregulação

8.4.1 Foi sempre entendimento do CESE que não devem as instituições da UE ou as autoridades nacionais definir os conteúdos dos códigos de autorregulação, que devem ser deixados à inteira liberdade das partes, quando eles não pretendam obter um reconhecimento vinculativo entre as partes

8.4.2 Na medida, porém, em que tais acordos pretendam ser reconhecidos “enquanto instrumento acessório de regulação na ordem jurídica em causa”, entendeu o CESE, no seu parecer antes referido, que a UE “deve dispor com clareza sobre os parâmetros do seu reconhecimento, os princípios por que se devem reger e os seus limites”. É doutrina que se aplica inteiramente ao caso da economia da partilha, que dela não deve ser excecionada.

8.4.3 Lamenta o CESE que no novo Acordo Interinstitucional entre o Conselho, o Parlamento e a Comissão, aprovado a 13 de abril, não o tivessem estas instituições aperfeiçoado no sentido por ele preconizado no seu referido parecer sobre a auto e a correção (SRCR), no que nesta matéria constava do anterior acordo e que o tema da SRCR se limite agora a uma referência vaga na comunicação relativa ao Pacote Legislar Melhor (“Better Regulation”), que remete para uma nota de pé de página onde são enunciados os princípios para um melhor uso da SRCR e para a plataforma CoP, além de umas menções esparsas nas “Guidelines” e na “Toolbox”.

8.4.4 Ora, se domínio há em que a definição dos parâmetros antes enunciados mais necessária se torna para o dotar de credibilidade e de confiança por parte dos seus utilizadores é inegavelmente o da economia partilhada, que muito teria a ganhar com uma sólida arquitetura de um quadro responsável de auto ou de correção a nível europeu.

8.4.5 Aguarda-se, assim, com expectativa a anunciada “Agenda Europeia para a Economia Colaborativa”, desde já se incitando a Comissão a não descurar

os aspetos da regulação desta atividade e do papel que nela deve ter a auto e a corregulação.

Bruxelas, 25 de maio de 2016

O Presidente
do Comité Económico e Social Europeu

Georges Dassis

1 JO C 177, 11.6.2014, p. 1.

2 <http://www.theguardian.com/technology/2015/sep/11/uber-driver-employee-ruling>

3 JO C 363 de 3.11.2015, p. 21. e JO C 429 de 21.12.2015, p. 9.

4 JO C 51 de 10.2.2016, p. 28.

5 COM(2015) 550 final, p. 4.

6 A8-0371/2015.

7 <http://www.euro-freelancers.eu/marco-torregrossa-presentation-on-the-sharing-economy-2/>

8 http://www.cpcp.be/medias/pdfs/publications/economie_collaborative.pdf

9 JO C 177, 11.6.2014, p. 1.

10 JO C 291, 4.9.2015, p. 29.

11 http://www.iddri.org/Evenements/Interventions/ST0314_DD%20ASN_%20economy.pdf

12 <http://www.sharingeconomyuk.com>

PROPOSTA DE
DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU
E DO CONSELHO
RELATIVA A CERTOS ASPECTOS QUE DIZEM RESPEITO A

CONTRATOS DE
VENDAS EM LINHA DE
BENS E OUTRAS VENDAS
À DISTÂNCIA DE BENS

BRUXELAS, 9.12.2015
COM(2015) 635 FINAL
2015/0288 (COD)

EXCERTOS

“O objetivo geral das propostas consiste em contribuir para um crescimento mais rápido das oportunidades oferecidas através da criação de um verdadeiro mercado único digital, em benefício dos consumidores e das empresas”

“A Estratégia para o Mercado Único Digital tenciona abordar, de uma forma holística, todos os principais obstáculos ao desenvolvimento do comércio eletrónico transfronteiras no mercado único digital”

“A proposta irá remover os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais decorrentes destas diferenças entre disposições vinculativas do direito nacional em matéria de contratos no domínio do consumo”

Proposta de

DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO

relativa a certos aspectos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens

(Texto relevante para efeitos do EEE)

{SWD(2015) 274 final}

{SWD(2015)275 final}

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. CONTEXTO DA PROPOSTA

A Estratégia para o Mercado Único Digital¹, adotada pela Comissão em 6 de maio de 2015, anunciava uma iniciativa legislativa em matéria de regras harmonizadas para o fornecimento de conteúdos digitais e as vendas em linha de bens. Esta iniciativa é composta por i) uma proposta relativa a certos aspetos que dizem respeito aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e ii) uma proposta relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens² e outras vendas à distância de bens.

Tal como anunciado pela Comissão no seu programa de trabalho para 2015, estas duas propostas baseiam-se na experiência adquirida durante as negociações para um regulamento sobre um direito europeu comum da compra e venda. Em especial, já não seguem a abordagem de um regime de carácter facultativo e de um conjunto amplo de regras. Pelo contrário, as propostas contêm um conjunto de regras específicas e plenamente harmonizadas. As propostas assentam também numa série de alterações introduzidas pelo Parlamento Europeu, em primeira leitura, à proposta de regulamento sobre um direito europeu comum da compra e venda, nomeadamente, a restrição do âmbito a vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens e a extensão do âmbito a determinados conteúdos digitais prestados face a outra contrapartida que não dinheiro.

Embora a presente exposição de motivos abranja especificamente a proposta relativa a certos aspetos relativos a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens, a parte da presente exposição de motivos que justifica a proposta diz respeito a ambas as propostas, dado que estas são consideradas como um pacote com objetivos comuns.

• Justificação e objetivos da proposta

O objetivo geral das propostas consiste em contribuir para um crescimento mais rápido das oportunidades oferecidas através da criação de um verdadeiro mercado único digital, em benefício dos consumidores e das empresas. Ao eliminar os principais obstáculos relacionados com o direito dos contratos e que dificultam o comércio transfronteiras, as regras apresentadas no âmbito das propostas irão reduzir a incerteza com que se deparam as empresas e os consumidores devido

à complexidade do quadro jurídico e aos custos incorridos pelas empresas decorrentes de diferenças em matéria de direito dos contratos.

Das empresas que vendem em linha, mas não além-fronteiras, 39% mencionam as diferenças nacionais em matéria de direito dos contratos como um dos principais obstáculos às vendas transfronteiras³. Esta situação aplica-se especialmente aos meios de compensação no caso de um produto defeituoso, tal como mencionado por 49% dos retalhistas da UE que vendem em linha e 67% dos que estão atualmente a tentar vender ou a considerar vender em linha numa base transfronteiras⁴. As diferentes regras nacionais em matéria de direito dos contratos geraram custos extraordinários aos retalhistas que vendem aos consumidores de aproximadamente 4 mil milhões de EUR; estes custos afetam sobretudo as micro e as pequenas e médias empresas (PME). O objetivo destas propostas consiste em criar um ambiente favorável às empresas e tornar mais fácil a estas, especialmente às PME, vender além-fronteiras. Deve proporcionar-se segurança jurídica às empresas e evitar-se custos desnecessários provocados por diferentes legislações nacionais aquando da venda de bens e conteúdos digitais fora do seu mercado nacional.

Apenas 18 % dos consumidores que utilizaram a Internet para fins privados em 2014 compraram em linha a outro país da UE, enquanto 55% o fizeram no mercado nacional⁵. Os consumidores não se sentem confiantes para comprar em linha além-fronteiras e consideram que estão mais bem protegidos quando compram em linha no seu próprio país, ao abrigo do respetivo direito nacional que conhecem. Um dos principais motivos é a incerteza quanto aos seus principais direitos contratuais. A diversidade de regimes nacionais constitui, igualmente, um obstáculo à aplicação eficaz dos direitos do consumidor. Em consequência, os consumidores perdem oportunidades e dispõem de uma variedade de bens mais reduzida a preços menos competitivos. Além disso, uma vez que os consumidores não se sentem confiantes para comprar em linha além-fronteiras, não conseguem beneficiar das diferenças de preço existentes entre Estados-Membros e, por conseguinte, perdem importantes potenciais oportunidades.

É necessário agir rapidamente em relação às vendas em linha de bens. Simultaneamente, harmonizar as regras em matéria de vendas à distância pode comportar o risco de se terem regras relativas a vendas à distância diferentes das regras relativas às vendas presenciais. Dada a importância crescente do modelo de distribuição omnicanal (ou seja, a venda simultânea através de canais múltiplos, tais como diretamente numa loja, em linha ou de outro modo igualmente à distância), a Comissão tomará medidas para evitar este resultado e garantir que os consumidores e os profissionais poderão efetivamente contar com um quadro jurídico coerente e simples de aplicar em toda a UE.

Por conseguinte, em conjunto com a presente proposta, a Comissão lançou, no contexto do seu “Programa para a adequação e a eficácia da regulamentação”, uma análise aprofundada da legislação existente da UE relativa à defesa do

consumidor. Os dados da análise de verificação da adequação da aplicação da diretiva relativa à venda de bens de consumo e garantias às compras presenciais de bens estarão provavelmente disponíveis no segundo semestre de 2016. Embora estes dados e, por conseguinte, o resultado do exercício da análise de verificação da adequação relativamente a este ponto não se encontrem ainda disponíveis, as suas possíveis conclusões, se apontarem para a necessidade de uma iniciativa da Comissão relativa às vendas presenciais de bens, podem contribuir para a realização de progressos pelos legisladores na proposta para as vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens.

• **Coerência com as disposições vigentes no domínio de intervenção**

As disposições significativas essenciais da presente proposta abrangem as principais diferenças das regras nacionais obrigatórias em matéria de consumidores, na sequência da aplicação pelos Estados-Membros das regras de harmonização mínima da Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas⁶. São essas principais diferenças nas regras nacionais que afetam a decisão dos profissionais quanto a vender, ou em que medida o devem fazer, bens além-fronteiras.

Embora a proposta assuma como base as regras da Diretiva 1999/44/CE, prevê uma harmonização total dos critérios de conformidade dos bens, da hierarquia das soluções à disposição dos consumidores e dos prazos para a inversão do ónus da prova e das garantias jurídicas. Além disso, são clarificados determinados elementos da atual Diretiva 1999/44/CE, tais como o facto de o consumidor ter direito à rescisão ou à redução do preço se o vendedor não reparar ou substituir os bens dentro de um prazo razoável. Ao contrário do previsto na Diretiva 1999/44/CE, o consumidor terá igualmente o direito de rescisão em caso de defeitos menores. Além disso, também ao contrário do disposto na Diretiva 1999/44/CE, nos termos da proposta os consumidores não terão o dever, que têm atualmente ao abrigo de várias legislações nacionais, de comunicar um defeito dos bens ao vendedor num determinado período de tempo após a sua descoberta. Uma grande alteração em comparação com a Diretiva 1999/44/CE é, certamente, o facto de o prazo para a inversão do ónus da prova ser alargado para dois anos. Tal como a Diretiva 1999/44/CE, a proposta remete as disposições sobre o direito de o consumidor receber uma indemnização por perdas causadas por essa falta de conformidade para as legislações nacionais.

Além disso, a proposta também complementa a Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos do consumidor, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁷, que já

harmonizou completamente certas regras das vendas em linha e outras vendas à distância de bens (sobretudo os requisitos de informação pré-contratual e o direito de retratação). A proposta também complementa a Diretiva 2000/31/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno (Diretiva sobre o comércio eletrónico)⁸ que, entre outros aspetos, estabelece, em parte, regras harmonizadas em matéria de contratos eletrónicos.

A proposta não harmonizará totalmente regras relativas a cláusulas abusivas e, por conseguinte, não terá qualquer impacto sobre a Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores⁹.

A proposta é compatível com as regras da UE em vigor sobre a lei aplicável e a competência em matéria de mercado único digital¹⁰. O Regulamento (UE) n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial¹¹ e o Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)¹², que estabelecem regras para determinar a jurisdição competente e a lei aplicável, aplicam-se igualmente no ambiente digital. Estes instrumentos foram adotados muito recentemente e as implicações da Internet foram cuidadosamente analisadas no processo legislativo. Algumas regras têm especificamente em conta as transações na Internet, em especial as relativas a contratos celebrados com os consumidores. Estas regras visam proteger os consumidores, nomeadamente, no mercado único digital, dando-lhes o benefício das regras não derogáveis do Estado-Membro no qual se encontra a sua residência habitual. Uma vez que a presente proposta relativa a vendas em linha e outras vendas à distância de bens visa harmonizar as principais disposições obrigatórias para a proteção dos consumidores, os profissionais já não enfrentarão disparidades tão acentuadas entre os 28 regimes jurídicos diferentes. Em conjunto com as novas regras contratuais propostas para as vendas em linha e outras vendas à distância de bens, tal como estabelecidas na presente proposta, as regras existentes de direito internacional privado estabelecem um quadro jurídico claro a compra e venda num mercado digital europeu, que tem em conta os interesses dos consumidores e das empresas. Por conseguinte, esta proposta legislativa não exige qualquer alteração ao atual quadro da UE em matéria de direito internacional privado, incluindo ao Regulamento (CE) n. 593/2008 (Roma I).

A proposta complementa e permite legislação setorial específica da União, tal como a legislação relativa à conceção ecológica¹³ ou à rotulagem energética¹⁴, os seus atos delegados e de execução, a fim de introduzir requisitos específicos de durabilidade do produto, por exemplo requisitos de informação da durabilidade.

• Coerência com outras políticas da União

A Estratégia para o Mercado Único Digital tenciona abordar, de uma forma holística, todos os principais obstáculos ao desenvolvimento do comércio eletrônico transfronteiras no mercado único digital. A proposta deve ser considerada no contexto desta abordagem holística. Tal abrange, entre outros aspetos, as iniciativas relacionadas com o papel das plataformas, a iniciativa europeia Nuvem, os encargos relacionados com o IVA e a entrega de encomendas. Abrange igualmente as iniciativas relacionadas com a execução/compensação, ou seja, a entrada em funcionamento da plataforma de resolução de litígios em linha¹⁵ e a revisão do Regulamento (CE) n. 2006/2004, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor¹⁶. Nomeadamente, as regras em matéria de direito dos contratos plenamente harmonizadas na UE irão também facilitar a execução coordenada de ações adotadas pelas autoridades de cooperação no domínio da defesa do consumidor¹⁷.

2. BASE JURÍDICA, SUBSIDIARIEDADE E PROPORCIONALIDADE

• Base jurídica

A base jurídica da presente proposta é o artigo 114º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e o seu principal objetivo é a melhoria do estabelecimento e funcionamento do mercado interno.

As diferenças existentes nas regras em matéria de direito dos contratos celebrados com os consumidores impedem os profissionais de vender em linha além-fronteiras, porque têm de adaptar os seus contratos a diferentes regras de direito dos contratos no domínio do consumo, obrigatórias nos diferentes Estados-Membros para onde exportam, e, por conseguinte, incorrem em custos relacionados com o direito dos contratos. Os consumidores não têm a certeza quanto aos principais direitos contratuais quando compram no estrangeiro e, por conseguinte, preferem manter-se nos respetivos mercados nacionais. Estes problemas têm uma incidência direta sobre o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno e limitam a concorrência.

As diferenças entre as regras nacionais obrigatórias aplicáveis aos contratos de venda de bens de consumo nos Estados-Membros resultam, sobretudo, de regras nacionais obrigatórias que vão para além das diretivas de harmonização mínima da UE¹⁸⁻¹⁹. Existem vários domínios-chave em que tais diferenças existem e acarretam custos adicionais para as empresas e falta de segurança jurídica para os consumidores.

A Diretiva 1999/44/CE prevê uma hierarquia das soluções à disposição dos consumidores. Se os bens não estiverem em conformidade com o contrato, o consumidor tem direito a que os reponham em conformidade requerendo, em

primeiro lugar, a reparação ou a substituição. Só numa segunda fase é que o consumidor pode solicitar a rescisão do contrato ou uma redução do preço. Esta abordagem foi seguida por 20 Estados-Membros²⁰, enquanto outros deram aos consumidores liberdade de escolha quanto às soluções ou assumiram a hierarquia das soluções mas também proporcionaram outra opção, por exemplo o direito de recusar bens não conformes dentro de um curto prazo.

De acordo com a Diretiva 1999/44/CE, os Estados-Membros estão autorizados a obrigar os consumidores a informar o vendedor do defeito no prazo de dois meses a contar da sua descoberta, a fim de beneficiarem dos seus direitos. Em caso de não notificação, os consumidores perdem o direito a reparação. Embora em 11 Estados-Membros²¹ os consumidores não possuam tal obrigação, em 12 Estados-Membros²² o consumidor deve comunicar o defeito no prazo de dois meses, e, em 5 Estados-Membros²³, o consumidor deve fazê-lo num prazo diferente.

Nos termos da Diretiva 1999/44/CE, um consumidor só pode solicitar uma reparação se os bens não estiverem conformes aquando da entrega. O ónus da prova é invertido durante os primeiros seis meses, obrigando o profissional a provar, durante este período, que não existia nenhum defeito à data de entrega. Embora 25 Estados-Membros tenham seguido esta abordagem, três²⁴ prorrogaram recentemente o período de inversão do ónus da prova.

A Diretiva 1999/44/CE prevê que o profissional pode ser considerado responsável pelos defeitos existentes à data da entrega por um período de, pelo menos, dois anos. Embora 23 Estados-Membros tenham aplicado este período de dois anos, num Estado-Membro²⁵ esse prazo é mais longo e em dois Estados-Membros²⁶ é ilimitado. Em dois outros Estados-Membros²⁷ não existe um período de garantia legal específico, mas os direitos do consumidor são limitados pelo prazo de prescrição (prazos previstos nas legislações nacionais em que os direitos podem ser invocados em tribunal).

De um modo geral, a proposta irá remover os obstáculos ao exercício das liberdades fundamentais decorrentes destas diferenças entre disposições vinculativas do direito nacional em matéria de contratos no domínio do consumo, em especial dos custos de transação adicionais aquando da realização de transações transfronteiras e da falta de confiança em relação ao respeito pelos respetivos direitos sentida pelos consumidores ao fazerem compras noutra país da UE, tendo todos estes fatores incidência direta sobre o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno, além de que limitam a concorrência.

A proposta irá garantir um elevado nível de proteção do consumidor, prevendo um conjunto de regras obrigatórias plenamente harmonizadas que mantêm e, em alguns casos, melhoram o nível de proteção de que os consumidores beneficiam ao abrigo da atual Diretiva 1999/44/CE.

- **Subsidiariedade**

A proposta respeita o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia.

O objetivo da iniciativa consiste em eliminar os obstáculos em matéria de direito dos contratos celebrados com os consumidores no comércio em linha e ajudar a criar um verdadeiro mercado único digital, em benefício das empresas e dos consumidores. Este objetivo não pode ser alcançado de modo adequado pelos Estados-Membros. As regras sobre as vendas de bens que constam da Diretiva 1999/44/CE são de harmonização mínima e, por conseguinte, permitem aplicações diferentes por parte dos Estados-Membros. Esta situação conduziu a uma fragmentação jurídica. Apenas uma intervenção coordenada a nível da União, destinada a eliminar as atuais abordagens nacionais divergentes na legislação da União Europeia através de uma harmonização plena, pode, ao resolver este problema, contribuir para a realização do mercado interno.

A proposta tem por base a harmonização total de determinados direitos contratuais do consumidor que são essenciais. Por conseguinte, criará um conjunto único de regras que garantam o mesmo nível elevado de proteção do consumidor em toda a União Europeia e que permitam aos profissionais vender a consumidores de todos os Estados-Membros com base nos mesmos termos contratuais. A proposta reduziria significativamente os custos de conformidade dos profissionais, concedendo aos consumidores um elevado nível de proteção. Por conseguinte, uma ação a nível da UE seria mais eficaz do que uma ação a nível nacional.

A abordagem da harmonização plena já demonstrou ter êxito no domínio da legislação de defesa do consumidor da UE, por exemplo através das regras da Diretiva 2011/83/UE, assegurando um conjunto uniforme de direitos do consumidor para todos os consumidores da União Europeia, interpretados e aplicados de maneira uniforme em todos os Estados-Membros. Uma iniciativa a nível da UE irá garantir a evolução dos direitos do consumidor de forma coerente, assegurando simultaneamente que todos os consumidores da UE beneficiam do mesmo nível elevado de proteção. Criará igualmente segurança jurídica para as empresas que pretendem vender os seus bens noutros Estados-Membros. Tal resultado só pode ser alcançado através de uma ação a nível da UE.

Além disso, uma iniciativa a nível da UE irá garantir a aplicação dos direitos do consumidor de forma coerente, assegurando simultaneamente que todos os consumidores da UE beneficiam do mesmo nível elevado de proteção do consumidor. Criará igualmente segurança jurídica para as empresas que pretendem vender os seus bens noutros Estados-Membros. Esta iniciativa irá proporcionar uma base jurídica para as ações coordenadas de aplicação, uma vez que a diretiva proposta será incluída no anexo do Regulamento (CE) n. 2006/2004 relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa

do consumidor. Além disso, as ações de aplicação seriam amplamente facilitadas pelas regras uniformes plenamente harmonizadas propostas. Por conseguinte, a aplicação da legislação da UE será reforçada em benefício dos consumidores da UE. Tal resultado só pode ser alcançado através de uma ação a nível da UE.

• **Proporcionalidade**

A proposta respeita o princípio da proporcionalidade consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia, porque não excederá o necessário para a consecução dos objetivos.

A proposta não irá harmonizar todas as questões relativas aos contratos de vendas em linha e outras vendas à distância de bens. Em vez disso, irá centrar-se numa maior uniformização apenas dos principais direitos contratuais obrigatórios dos consumidores da UE que são essenciais nas transações transfronteiras em linha, que foram identificados como obstáculos ao comércio pelas partes interessadas e que são necessários para reforçar a confiança dos consumidores quando compram à distância no estrangeiro. Além disso, a escolha da forma jurídica de uma diretiva, em vez de um regulamento, terá como resultado uma interferência muito menor no direito nacional (ver *infra* “Escolha do instrumento”).

• **Escolha do instrumento**

A Comissão apresenta um conjunto de duas diretivas de harmonização plena: uma diretiva relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens e uma diretiva relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de fornecimento de conteúdos digitais.

A escolha de uma diretiva deixa aos Estados-Membros liberdade para adaptar a aplicação ao respetivo direito nacional. Um regulamento exigiria um regime muito mais pormenorizado e abrangente do que uma diretiva, a fim de permitir que os seus efeitos fossem diretamente aplicáveis. Tal teria como consequência uma interferência consideravelmente maior no direito nacional.

A escolha da harmonização plena conduzirá a regras simples e modernas que eliminam os obstáculos em matéria de direito dos contratos e criam condições equitativas para as empresas garantindo, simultaneamente, que os consumidores beneficiam de um nível elevado de proteção em toda a UE.

Um instrumento não vinculativo, tal como um contrato-modelo facultativo, não atingiria o objetivo de melhorar o estabelecimento e funcionamento do mercado interno. Os profissionais continuariam a ser obrigados a cumprir diferentes regras nacionais obrigatórias do país de residência dos consumidores, quando estas previssem um nível mais elevado de proteção do consumidor do que o contrato-modelo e, deste modo, continuariam a enfrentar custos acrescidos relacionados com o direito dos contratos.

3. RESULTADOS DAS AVALIAÇÕES EX POST, DAS CONSULTAS ÀS PARTES INTERESSADAS E DAS AVALIAÇÕES DE IMPACTO

• Consultas às partes interessadas

Processo de consulta

Foi desenvolvida uma estratégia de consulta alargada para assegurar uma ampla participação ao longo do ciclo político da presente iniciativa. Esta estratégia baseia-se numa combinação de consultas públicas e específicas. A Comissão solicitou um vasto e equilibrado conjunto de pareceres sobre esta questão, dando a possibilidade a todas as partes interessadas (empresas, consumidores, autoridades nacionais, advogados e académicos) de exprimirem as suas opiniões²⁸.

– Consulta pública: uma consulta pública aberta de 12 semanas na Internet resultou em 189 respostas de todas as categorias de partes interessadas de toda a UE.

– Consultas específicas: o grupo de consulta das partes interessadas era composto por 22 organizações que representam um vasto leque de interesses. O grupo reuniu sete vezes.

Entre junho e agosto de 2015, foram também realizadas entrevistas aprofundadas a empresas, a fim de recolher dados sobre os custos relacionados com o direito dos contratos com que a empresa se confronta ao vender no estrangeiro.

No âmbito da Estratégia para o Mercado Único Digital, foram utilizados em 2015 dois inquéritos, um inquérito aos consumidores²⁹ e um inquérito às empresas³⁰, a fim de recolher dados que identificassem os principais obstáculos transfronteiras ao mercado único digital.

Consulta aos Estados-Membros: entre junho e outubro de 2015, foram organizados três seminários de um dia com Estados-Membros. Os aspetos relevantes também foram debatidos com as autoridades nacionais de aplicação da lei na reunião do comité de cooperação no domínio da defesa do consumidor (abril de 2015) e com as autoridades nacionais responsáveis pela política do consumidor na reunião da rede de política dos consumidores (maio de 2015).

Resumo dos resultados

A maioria dos inquiridos do lado dos consumidores reconhece que a harmonização pode melhorar o comércio eletrónico transfronteiras, mas apenas apoiaria a harmonização plena se os níveis de proteção do consumidor em vigor nos Estados-Membros não fossem reduzidos. Alerta também para o risco de criação de diferentes regimes em função do canal de vendas. As associações de consumidores opõem-se fortemente a todas as formas de aplicação do direito do profissional. Além disso, tendo em conta as diferentes características dos contratos entre empresas e entre empresas e consumidores, e tendo em conta eventuais atritos com instrumentos jurídicos já existentes, as organizações de consumidores não apoiam a inclusão de contratos entre empresas no âmbito de aplicação da presente proposta. A maioria das empresas apoiaria regras da UE harmonizadas

relativas às vendas de bens entre empresas e consumidores. Contudo, algumas associações empresariais estão em dúvida quanto à necessidade de tomar quaisquer medidas mas, a haver uma ação a nível da UE, prefeririam a aplicação do direito do profissional e uma alteração do Regulamento (CE) n. 593/2008 (Roma I). As organizações empresariais recomendam evitar, tanto quanto possível, uma abordagem setorial que poderia levar a regras divergentes para as vendas em linha e fora de linha de bens e conteúdos digitais. A grande maioria das associações de profissões jurídicas apoiaria regras da UE harmonizadas e o mesmo regime para contratos entre empresas e entre empresas e consumidores.

Os Estados-Membros apoiariam, de um modo geral, regras harmonizadas da UE, mas são cautelosos quanto à viabilidade política e à diferenciação entre regras de vendas em linha e fora de linha. Alguns deles prefeririam uma melhor aplicação, execução e avaliação da legislação em vigor antes da produção de nova legislação. A grande maioria dos Estados-Membros inquiridos apoia apenas a inclusão de contratos entre empresas e consumidores. Além disso, um importante número de Estados-Membros opõe-se explicitamente a qualquer forma de aplicação do direito do profissional e, por conseguinte, à alteração do Regulamento Roma I.

Sobre o conteúdo das regras, a maior parte das associações de consumidores apoia a livre escolha dos meios de compensação, enquanto a maioria dos inquiridos do lado das empresas defende uma hierarquia de meios de compensação dos consumidores em toda a UE. Os Estados-Membros dividem-se: enquanto alguns são a favor de uma hierarquia de meios de compensação, outros apoiariam a livre escolha de meios de compensação pelo consumidor. A maioria dos inquiridos das profissões jurídicas está a favor da liberdade de escolha dos meios de compensação do consumidor, enquanto outros preferem manter uma hierarquia de meios de compensação, eventualmente negociável entre as partes. Sobre a inversão do ónus da prova, as organizações de consumidores defendem um período superior a seis meses (sobretudo dois anos) e praticamente todas elas são a favor de um período de garantia legal mais longo. As empresas gostariam de manter o atual período de inversão do ónus da prova de seis meses e apoiariam a harmonização plena do atual período de garantia legal de dois anos. Os Estados-Membros e as profissões jurídicas apoiariam, de um modo geral, a manutenção das regras existentes para a inversão do ónus da prova e garantia legal.

• **Obtenção e utilização de competências especializadas**

A Comissão baseou-se em vários estudos económicos e jurídicos que foram encomendados com o objetivo específico da presente iniciativa ou como parte da Estratégia para o Mercado Único Digital. Estes incluem um inquérito efetuado em 2015 para identificar os principais obstáculos transfronteiras ao mercado único digital³¹, estatísticas de 2014 do Eurostat, Eurobarómetros e um painel de PME³².

Um estudo de direito comparado forneceu uma visão geral das regras obrigatórias aplicáveis às obrigações contratuais nos contratos de vendas de bens vendidos à distância e, nomeadamente, em linha.

• Avaliação de impacto

O Comité de Controlo da Regulamentação emitiu um parecer inicial sobre o projeto de avaliação de impacto em 16 de outubro de 2015, que foi alterado tendo em conta as observações do Comité e novamente apresentado. O segundo parecer, que aprovou o projeto de avaliação de impacto objeto de observações, foi emitido pelo Comité em 9 de novembro de 2015³³.

O relatório da avaliação de impacto revista e o respetivo resumo são publicados com as propostas³⁴.

Alternativas políticas analisadas

Para além de analisar as consequências da ausência de uma mudança de política, a avaliação de impacto analisou as seguintes alternativas políticas: i) opção 1: regras específicas plenamente harmonizadas para os bens e conteúdos digitais; ii) opção 2: aplicação do direito do profissional combinado com as atuais regras harmonizadas relativas a bens/regras específicas e plenamente harmonizadas para os conteúdos digitais; iii) opção 3: nenhuma mudança de política para os bens e regras específicas plenamente harmonizadas para os conteúdos digitais; iv) opção 4: nenhuma mudança de política para os bens e regras de harmonização mínima para os conteúdos digitais; v) opção 5: um contrato-modelo europeu facultativo combinado com uma marca de confiança da UE.

Numa análise comparativa dos impactos destas opções, o relatório de avaliação de impacto chegou à conclusão de que a opção 1 seria a que melhor alcançaria os objetivos da política. Esta opção irá reduzir os custos relacionados com o direito dos contratos dos profissionais e facilitar o comércio eletrónico transfronteiras. As empresas poderão basear-se, em grande medida, na sua própria legislação quando venderem além-fronteiras, uma vez que as principais regras, relevantes para o comércio transfronteiras, serão as mesmas em todos os Estados-Membros. Embora as novas regras relativas a vendas em linha de bens impliquem certos custos pontuais de adaptação para as empresas que vendem em linha, esses custos seriam contrabalançados pela redução de custos resultante da possibilidade de vender em toda a UE sem custos acrescidos relacionados com o direito dos contratos, devido à existência de regras plenamente harmonizadas. As pequenas empresas, nomeadamente, irão beneficiar em comparação com a situação atual, uma vez que a redução de custos resultante de regras transnacionais plenamente harmonizadas para os bens irá ser mais significativa quanto menor for a empresa. Por conseguinte, as novas regras irão proporcionar às empresas um ambiente juridicamente seguro e favorável à atividade empresarial. Os consumidores terão

um conjunto claro de direitos em toda a UE e sentir-se-ão, por conseguinte, mais confiantes para comprar bens ou aceder a conteúdos digitais além-fronteiras. Embora em alguns Estados-Membros o nível de proteção possa ser reduzido em alguns pontos específicos, esta opção irá aumentar significativamente o atual nível global de proteção do consumidor da UE ao abrigo da Diretiva 1999/44/CE, sobretudo através do prolongamento do período de inversão do ónus da prova para dois anos. Apesar de os Estados-Membros não poderem adotar ou manter regras mais protetoras do consumidor, globalmente será garantido um nível elevado de proteção do consumidor e a aplicação transnacional das regras será reforçada. Este facto irá criar uma situação vantajosa para as empresas e consumidores. A concorrência aumentará, conduzindo a um aumento geral das trocas comerciais e, conseqüentemente, a uma maior escolha a preços mais competitivos para os consumidores, com importantes ganhos macroeconómicos para a UE.

A ausência de mudança de política não iria contribuir para alcançar os objetivos do mercado único digital, e correria o risco de ter impactos económicos negativos em relação à situação atual.

A opção 2 conduziria a um aumento dos incentivos para o fornecimento transfronteiras, uma vez que os profissionais poderiam vender os seus produtos além-fronteiras exclusivamente com base na sua própria legislação. Os consumidores podem, em certa medida, beneficiar de uma maior escolha e de preços mais baixos. Em certos casos, podem beneficiar de um nível de proteção do consumidor potencialmente mais elevado ao abrigo do direito do profissional, se em determinados pontos específicos for para além do seu próprio direito nacional. No entanto, em resultado da aplicação do direito do profissional à venda em linha de bens e da respetiva derrogação do Regulamento (CE) n. 593/2008 (Roma I), os consumidores europeus deixariam de beneficiar de um nível de proteção do consumidor mais elevado do que o seu próprio direito nacional, cuja aplicação vai além da Diretiva 1999/44/CE, pode proporcionar para além do direito do profissional. Este facto teria um impacto negativo sobre a confiança dos consumidores na compra além-fronteiras. Além disso, é muito provável que uma tal alteração não pudesse ser limitada aos profissionais da UE e, conseqüentemente, implicasse o afastamento da proteção proporcionada pelas regras contratuais do consumidor obrigatórias nas transações com profissionais de países terceiros.

Nas opções 3 e 4, os obstáculos ao comércio transfronteiras relacionados com o direito dos contratos permaneceriam para os bens.

A opção 5 poderia ajudar as empresas a vender os bens em toda a UE e proporcionar aos consumidores um nível satisfatório de proteção, dependendo, em grande medida, do conteúdo das regras do contrato-modelo a acordar pela indústria e do grau de utilização e aceitação da marca de confiança pelas empresas da UE. Os consumidores poderiam sentir-se mais confiantes para comprar a profissionais estrangeiros a quem a marca de confiança da UE tivesse sido

atribuída. No entanto, os profissionais continuariam a ser obrigados a cumprir as regras nacionais obrigatórias do país de residência habitual do consumidor, quando estas proporcionassem um nível mais elevado de proteção do consumidor do que as regras do contrato-modelo e poderiam, por conseguinte, continuar a enfrentar custos relacionados com o direito dos contratos.

Principais impactos da proposta

A avaliação de impacto analisa o impacto de ambas as propostas, a diretiva relativa a certos aspetos que dizem respeito aos contratos de fornecimento de conteúdos digitais e a diretiva relativa a certos aspetos que dizem respeito aos contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens.

As duas propostas eliminarão os obstáculos ao comércio em linha transfronteiras relacionados com o direito dos contratos, tanto para os consumidores como para os profissionais. A eliminação desses obstáculos constitui um incentivo para o comércio transfronteiras: se os obstáculos relacionados com o direito dos contratos fossem suprimidos, mais 122 mil empresas estariam a vender em linha além-fronteiras. As exportações intra-UE aumentariam em cerca de mil milhões de EUR. O aumento da concorrência no mercado retalhista em linha conduzirá a uma diminuição dos preços de retalho em todos os Estados-Membros, numa média de - 0,25 % a nível da UE. Em consequência desta diminuição do preço e do aumento da confiança dos consumidores decorrente de direitos uniformes na UE, haverá uma procura adicional. O consumo das famílias, que reflete o bem-estar dos consumidores, aumentaria em todos os Estados-Membros, a uma média da UE de + 0,23 %, o que corresponde a cerca de 18 mil milhões de EUR. Entre 7,8 e 13 milhões de consumidores adicionais começariam a comprar em linha além-fronteiras. O montante médio despendido anualmente por cada comprador transfronteiras também aumentaria em 40 EUR. Este aumento na oferta e na procura terá efeitos diretos sobre as principais variáveis macroeconómicas em cada Estado-Membro e na UE no seu conjunto. Globalmente, espera-se que o PIB real da UE ganhe, de forma permanente, cerca de 4 mil milhões de EUR por ano.

Quem seria afetado e de que forma

As empresas enfrentarão custos para cumprir a nova diretiva, mas acabarão por beneficiar ainda mais com regras plenamente harmonizadas para a exportação de bens e conteúdos digitais por toda a UE. Tendo aplicado as novas regras, as empresas não terão, em grande medida, de adaptar os seus termos contratuais às legislações de outros Estados-Membros, independentemente de para quantos Estados-Membros vendem. As PME não serão isentas da nova legislação: as isenções diminuiriam a confiança dos consumidores quando lhes comprassem algo. Não existe justificação para proporcionar menos proteção aos consumidores quando estes compram a PME em vez de a vendedores de maior dimensão. Uma

isenção comprometeria também os benefícios das PME disporem de um único conjunto de regras aplicáveis em toda a UE. Pelo contrário, a iniciativa será particularmente benéfica para as PME, que são mais afetadas pelos custos de adaptação dos seus contratos a regras obrigatórias de outros Estados-Membros e estão mais frequentemente limitadas ao respetivo mercado nacional do que os seus concorrentes de maior dimensão. O comércio transfronteiras é um meio importante para que beneficiem das vantagens das economias de escala. As PME enfrentam problemas de localização de clientes. Tal seria mais fácil de resolver no contexto em linha, uma vez que a Internet permite vendas em linha a custos reduzidos em comparação com o comércio fora de linha.

Para os bens, em especial, as empresas que atualmente vendem apenas presencialmente não terão de incorrer em quaisquer custos de adaptação. As empresas que já vendem ou que pretendem vender em linha a consumidores de outros Estados-Membros irão beneficiar diretamente da redução de custos decorrente de regras da UE plenamente harmonizadas. As empresas que, atualmente, vendem em linha e presencialmente não serão confrontadas, na prática, com custos adicionais devido a diferentes regimes, uma vez que a fragmentação entre as regras relativas a vendas em linha e presenciais de bens não será suscetível de ocorrer ou, provavelmente, não teria um impacto significativo. Se tais custos ocorressem seriam reduzidos e apenas durante um curto período de transição. De acordo com os representantes das empresas de retalho, as empresas omnicanal poderiam efetivamente fazer face a eventuais diferenças de transição entre regimes em linha e presenciais de bens através da aplicação das respetivas normas mais rigorosas à totalidade das suas vendas e, por conseguinte, funcionando ao abrigo de um único modelo empresarial.

Para as empresas, a aplicação das novas regras implicará um certo número de obrigações nas suas relações com os consumidores. No entanto, muitas destas obrigações já se encontram contidas nos direitos nacionais, em diferentes graus e medidas, em resultado da legislação de harmonização mínima da UE e, por conseguinte, as empresas estão familiarizadas com elas. No que diz respeito, nomeadamente, à prorrogação do prazo para a inversão do ónus da prova de seis meses para dois anos, tal não é suscetível de ter um impacto muito significativo sobre as empresas, uma vez que os dados recentes revelam que, na prática, apenas uma minoria das empresas insiste em que os consumidores provem a responsabilidade do profissional dentro do período de garantia legal de dois anos e que, muitas vezes, a inversão do ónus da prova funciona, de facto, ao longo de todo o período de garantia legal de dois anos, com uma variação muito limitada sobre este ponto no comportamento dos profissionais antes ou depois dos seis meses.³⁵

O nível de proteção do consumidor será aumentado em comparação com o atual nível da UE. Isto aplica-se, nomeadamente, à extensão da inversão do ónus da prova para dois anos, alinhando-a com o período de garantia legal. Em comparação

com as respetivas normas nacionais, todos os consumidores da UE irão beneficiar neste ponto de um nível mais elevado de proteção do consumidor (exceto no caso de dois Estados-Membros, em que o nível permanecerá inalterado). Este nível mais elevado de proteção do consumidor irá facilitar o exercício dos direitos dos consumidores e deverá estimular a confiança destes de forma significativa, o que é particularmente relevante para as compras transfronteiras, dado o elemento de distância envolvido. No que respeita ao nível de proteção do consumidor relativamente a outros pontos, como o dever do consumidor de comunicar o defeito ao vendedor e o direito do consumidor de rescindir o contrato mesmo nos casos em que a não conformidade seja insignificante, em comparação com as normas nacionais em vigor, na maioria dos casos a proposta terá como resultado um nível mais elevado de proteção, embora, num número limitado de Estados-Membros, determinados direitos adicionais em alguns pontos específicos possam ser mais reduzidos. No entanto, em geral, será garantido um nível elevado de proteção do consumidor e a execução das regras será reforçada. Além disso, não só os consumidores terão acesso a uma escolha mais ampla de produtos provenientes de profissionais de toda a UE a preços competitivos, como também poderão beneficiar de produtos de maior qualidade e durabilidade, em conformidade com o Pacote da Economia Circular da Comissão Europeia.

- **Direitos fundamentais**

A proposta para as vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens terá um impacto positivo sobre vários direitos protegidos ao abrigo da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, nomeadamente o artigo 38º relativo à defesa dos consumidores e o artigo 16º relativo à liberdade de empresa.

Um conjunto de regras plenamente harmonizadas para as vendas em linha de bens irá assegurar um nível elevado de proteção do consumidor, harmonizado em toda a UE em conformidade com o artigo 38º da Carta dos Direitos Fundamentais, ao proporcionar aos consumidores direitos claros e específicos quando adquirem bens em linha no mercado nacional ou de outros Estados-Membros. No entanto, estas regras irão substituir as atuais regras nacionais que existem para os bens, o que pode baixar o nível de proteção de que os consumidores beneficiam em determinados Estados-Membros.

Um conjunto de regras plenamente harmonizadas para as vendas em linha de bens também contribuirá para alcançar o objetivo do artigo 16º, porque será facilitada às empresas a venda de bens na UE, a nível nacional e transfronteiras. Por conseguinte, a sua capacidade para expandir as suas atividades será reforçada.

Por último, a existência de direitos claros consagrados no direito dos contratos pode contribuir para o cumprimento do objetivo do artigo 47º (direito à ação), porque pode aumentar a capacidade de exercício do direito a uma ação perante os tribunais. As novas regras devem clarificar os meios de compensação em caso de litígio.

4. INCIDÊNCIAS ORÇAMENTAIS

A proposta não terá quaisquer incidências orçamentais.

5. OUTROS ELEMENTOS

- **Planos de execução e mecanismos de acompanhamento, avaliação e elaboração de relatórios**

Os Estados-Membros devem enviar à Comissão as medidas de aplicação da diretiva relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens. Estas medidas irão definir o texto da legislação adotada pelos Estados-Membros. A Comissão acompanhará estas medidas, a fim de assegurar a sua conformidade com a diretiva.

- **Documentos explicativos**

Em conformidade com a Declaração Política Conjunta de 28 de setembro de 2011 dos Estados-Membros e da Comissão sobre os documentos explicativos, os Estados-Membros assumiram o compromisso de fazer acompanhar, nos casos em que tal se justifique, a notificação das suas medidas de transposição de um ou mais documentos explicando a relação entre os componentes da diretiva e as correspondentes partes dos instrumentos de transposição nacional. Em relação à presente diretiva, o legislador considera que a transmissão desses documentos se justifica.

- **Explicação pormenorizada das disposições específicas da proposta**

A proposta consiste de 21 artigos. Muitas destas disposições têm a sua origem na Diretiva 1999/44/CE ou na proposta de Regulamento sobre um direito europeu comum da compra e venda.

O artigo 1º estabelece o objeto e âmbito de aplicação da diretiva, clarificando que a diretiva define certas regras em matéria de conformidade, meios de compensação e modalidades de exercício desses meios de compensação. No decurso da avaliação de impacto que acompanha as propostas, não foram identificados problemas entre empresas; por conseguinte, a diretiva não aborda essas questões. A presente diretiva não se aplica a bens como DVD e CD que incorporam conteúdos digitais de tal modo que os bens funcionam unicamente como meios de transporte de conteúdos digitais, nem se aplica a contratos à distância de prestação de serviços. No entanto, é aplicável a bens como eletrodomésticos ou brinquedos em que o conteúdo digital se encontra incorporado de um modo que as suas funções estão subordinadas às principais funcionalidades dos bens e funciona como parte integrante dos bens. Além disso, sempre que um contrato de compra e venda preveja tanto a venda de bens como a prestação de serviços, a presente diretiva aplica-se apenas à parte respeitante à venda de bens.

O artigo 2º contém uma lista de definições dos termos utilizados na diretiva. Algumas definições provêm do atual acervo (como, por exemplo, a definição de “consumidor” e “bens”) e, uma vez que se referem aos mesmos conceitos, devem ser aplicadas e interpretadas de forma coerente com o acervo. Outras definições são provenientes da Diretiva 2011/83/UE ou da proposta de Regulamento sobre um direito europeu comum da compra e venda.

O artigo 3º estabelece que a presente diretiva é uma diretiva de harmonização plena. Os Estados-Membros não poderão adotar ou manter disposições legais que permaneçam abaixo ou que excedam os requisitos nela contidos. O efeito do artigo 3º combinado com o artigo 1º consiste também em determinar que, em domínios não incluídos no âmbito da diretiva, os Estados-Membros continuam a poder legislar.

O artigo 4º estabelece os critérios de conformidade que os bens devem satisfazer para cumprirem o contrato. Em primeiro lugar, os bens devem estar em conformidade com o que foi prometido no contrato. Clarifica também que, como regra geral, a conformidade dos bens será avaliada não apenas no que diz respeito aos termos contratuais, mas que deve também ser aplicada uma combinação de critérios subjetivos e objetivos para salvaguardar os interesses legítimos de ambas as partes de um contrato de compra e venda. Esses critérios objetivos adicionais estão previstos nos artigos 5º, 6º e 7º.

O artigo 5º estabelece os critérios objetivos para a conformidade dos bens. Na ausência de cláusulas contratuais explícitas, que especifiquem os critérios de conformidade, os bens devem cumprir estes critérios objetivos.

O artigo 6º esclarece que uma falta de conformidade resultante de uma instalação incorreta dos bens deve ser considerada como uma falta de conformidade desses bens, se a razão para a instalação incorreta for da competência do vendedor.

O artigo 7º contém um requisito adicional de conformidade relacionado com os vícios jurídicos que os bens possam ter. De acordo com essa regra, os bens devem estar isentos de quaisquer direitos de terceiros, incluindo os baseados na propriedade intelectual.

O artigo 8º especifica em que momento devem estar preenchidas as condições para a falta de conformidade a fim de se acionar a responsabilidade do vendedor por não conformidade. Em geral, é o momento da transferência do risco, tal como previsto igualmente na Diretiva 2011/83/UE, em que o consumidor ou um terceiro, designado pelo consumidor, incluindo um transportador, contratado pelo consumidor, obtém o controlo sobre os bens. Nos casos em que os bens têm de ser instalados, o momento relevante para determinar a conformidade é o da conclusão da instalação ou após o consumidor ter tido um prazo razoável para proceder à instalação mas, em qualquer caso, não pode exceder os 30 dias a contar da data da transferência do risco. Por último, o artigo 8º, n. 3, inverte o ónus da prova da ausência de falta de conformidade para o vendedor, por um período de dois anos.

O artigo 9º enumera os meios de compensação por falta de conformidade que o consumidor tem à sua disposição através da plena harmonização da ordem em que os meios de compensação podem ser exercidos. Numa primeira fase, o consumidor deve ter direito a ter os bens reparados ou substituídos dentro de um prazo razoável e sem qualquer inconveniente significativo. Numa segunda fase, o consumidor deve ter direito a uma redução do preço ou a rescindir o contrato sempre que a falta de conformidade não seja ou não possa ser solucionada através de reparação ou substituição. O artigo também prevê que o consumidor tem o direito de suspender o seu próprio cumprimento até que os bens sejam repostos em conformidade.

O artigo 10º impõe ao vendedor a obrigação, ao sanar uma falta de conformidade através da substituição de bens, de aceitar a devolução dos bens substituídos a expensas suas. O vendedor pode aceitar a devolução dos bens substituídos e instalar ele próprio os novos, ou contratar um terceiro para o efeito, a expensas suas. O artigo também clarifica que o consumidor não deve ser obrigado a pagar pela utilização que foi feita dos bens substituídos antes da substituição.

O artigo 11º esclarece que cabe ao consumidor escolher entre a reparação e a substituição, salvo se a opção escolhida for desproporcionada em comparação com a outra opção disponível, impossível ou ilegal. Estabelece igualmente critérios para avaliar se a opção escolhida é desproporcionada em comparação com a outra opção disponível.

O artigo 12º fornece orientações sobre a forma de calcular a redução do preço.

O artigo 13º regula as modalidades e as consequências do exercício do direito de rescindir o contrato. O direito de rescindir o contrato devido à falta de conformidade é um último recurso aplicável quando as outras formas de solucionar a falta de conformidade não forem viáveis ou tiverem falhado. O consumidor deve também beneficiar deste direito nos casos em que a falta de conformidade for insignificante. O artigo especifica que o contrato pode ser rescindido mediante qualquer notificação do consumidor e que a rescisão deve ser apenas parcial quando a falta de conformidade se refira apenas a parte dos bens entregues no âmbito do contrato. No entanto, sempre que a falta de conformidade justificar a rescisão do contrato no seu conjunto, esse recurso não deve ser limitado apenas a uma rescisão parcial. O artigo 13º regula ainda a restituição, em consequência da rescisão, prevendo que, no prazo de 14 dias, o vendedor deve reembolsar o preço pago, a expensas suas, e que o consumidor deve devolver os bens com defeito a expensas do vendedor. Por último, este artigo regula as obrigações do consumidor, sob certas condições restritas, de pagar o valor monetário dos bens quando estes não puderem ser devolvidos e também de pagar, até certo ponto, a diminuição do valor dos bens.

O artigo 14º mantém o prazo de dois anos para a disponibilidade de meios de compensação ao abrigo da presente diretiva. Sempre que, em alguns Estados-Membros, os direitos à disposição dos consumidores nos termos do artigo 9º possam estar sujeitos a um período de prescrição, esse período não pode terminar antes desse prazo.

O artigo 15º prevê requisitos de transparência quanto às garantias comerciais emitidas pelos vendedores, por exemplo quanto à forma de entrega e o conteúdo que uma declaração de garantia deve ter. Além disso, declara que a garantia é vinculativa para o vendedor em conformidade com as condições contidas nos anúncios, na informação pré-contratual e na declaração de garantia. Esclarece que, sempre que as condições que são, por exemplo, publicitadas forem diferentes das incluídas na declaração de garantia, devem prevalecer as mais vantajosas para os consumidores.

O artigo 16º prevê que o vendedor tem direito de regresso no caso de um ato ou omissão por uma pessoa em fases anteriores da cadeia de transações que desencadeou a responsabilidade por falta de conformidade do vendedor para com o consumidor. As modalidades de exercício deste direito devem ser reguladas pelo direito nacional dos Estados-Membros.

O artigo 17º obriga os Estados-Membros a assegurar a existência de meios adequados e eficazes para garantir o cumprimento do disposto na presente diretiva.

O artigo 18º afirma o caráter imperativo das regras em matéria de direito dos contratos celebrados com os consumidores da presente diretiva através da cláusula habitual que clarifica que qualquer desvio em relação aos requisitos constantes da diretiva em detrimento do consumidor não é vinculativo para o consumidor.

O artigo 19º prevê alterações a outra legislação da UE. Altera a Diretiva 1999/44/CE, a fim de evitar sobreposições entre os dois instrumentos. O artigo 19º acrescenta ainda uma referência à presente diretiva no anexo do Regulamento (CE) n. 2006/2004, a fim de facilitar a cooperação transfronteiras no domínio da execução da presente diretiva. Também acrescenta uma referência à diretiva no anexo 1 da Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores³⁶, a fim de assegurar que os interesses coletivos dos consumidores previstos na presente diretiva são protegidos.

O artigo 20º estabelece o prazo de transposição pelos Estados-Membros.

O artigo 21º fixa a data de entrada em vigor.

O artigo 22º especifica os destinatários da diretiva.

2015/0288 (COD)

Proposta de

**DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO
relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de
vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens**

(Texto relevante para efeitos do EEE)

O PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,
Tendo em conta o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia,
nomeadamente o artigo 114º,

Tendo em conta a proposta da Comissão Europeia,

Após transmissão do projeto de ato legislativo aos parlamentos nacionais,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social Europeu³⁷,

Deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário,

Considerando o seguinte:

(1) A fim de permanecer competitiva nos mercados mundiais, a União Europeia tem de responder com êxito aos múltiplos desafios suscitados hoje em dia por uma economia cada vez mais assente na tecnologia. A Estratégia para o Mercado Único Digital³⁸ estabelece um quadro abrangente que facilita a integração da dimensão digital no mercado único digital. O primeiro pilar da Estratégia aborda a fragmentação no comércio intra-UE dirigindo-se a todos os principais obstáculos ao desenvolvimento do comércio eletrónico transfronteiras.

(2) Para alcançar um verdadeiro mercado único digital, é necessária a harmonização de certos aspetos relativos aos contratos de vendas de bens, tendo como base um nível elevado de proteção do consumidor.

(3) O comércio eletrónico é o principal motor de crescimento no mercado único digital. No entanto, o seu potencial de crescimento está longe de ser plenamente explorado. A fim de reforçar a competitividade da União e impulsionar o crescimento, a União deve agir rapidamente e incentivar os intervenientes económicos a libertarem todas as possibilidades oferecidas pelo mercado único digital. O potencial máximo do mercado único digital só pode ser libertado se todos os participantes no mercado beneficiarem de um fácil acesso às vendas em linha de bens e puderem participar com confiança em transações de comércio eletrónico. As regras em matéria de direito dos contratos com base nas quais os participantes no mercado realizam transações encontram-se entre os principais fatores que moldam as decisões das empresas quanto a oferecer bens em linha além-fronteiras. Essas regras influenciam igualmente a predisposição dos consumidores para aceitar e confiar neste tipo de compra.

(4) Embora as vendas em linha de bens constituam a grande maioria das vendas à distância na União, a presente diretiva deverá abranger todos os canais de venda à distância, incluindo encomendas por telefone e correio, a fim de evitar

quaisquer distorções injustificadas da concorrência e criar condições equitativas para todas as empresas que vendem à distância.

(5) As regras da União aplicáveis às vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens ainda se encontram fragmentadas, embora as regras sobre os requisitos de informação pré-contratual, o direito de retratação e as condições de entrega já tenham sido plenamente harmonizadas. Outros elementos-chave contratuais, tais como os critérios de conformidade, meios de compensação e modalidades para o seu exercício para os bens que não estão em conformidade com o contrato, estão sujeitos à harmonização mínima que consta na Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho³⁹. Os Estados-Membros foram autorizados a ir além das normas da União e a introduzir regras que assegurem um nível ainda mais elevado de proteção do consumidor. Tendo feito isto, agiram sobre diferentes elementos e em medidas diferentes. Por conseguinte, as disposições nacionais que transpõem o acervo da União relativo ao direito dos contratos celebrados com os consumidores divergem atualmente de forma significativa relativamente a elementos essenciais de um contrato de compra e venda, tal como a ausência ou a existência de uma hierarquia de meios de compensação, a duração da garantia legal, o período de inversão do ónus da prova, ou a notificação do defeito ao vendedor.

(6) As disparidades existentes podem afetar negativamente as empresas e os consumidores. Nos termos do Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho⁴⁰, as empresas que dirigem as atividades a consumidores de outros Estados-Membros têm de ter em conta as disposições vinculativas do direito nacional em matéria de direito dos contratos celebrados com os consumidores do país de residência habitual do consumidor. Uma vez estas regras diferem entre Estados-Membros, as empresas podem ser confrontadas com custos adicionais. Por conseguinte, muitas empresas podem preferir continuar a comercializar no mercado nacional ou a exportar apenas para um ou dois Estados-Membros. Esta escolha de minimizar a exposição a custos e riscos relacionados com o comércio eletrónico transfronteiras resulta na perda de oportunidades de expansão comercial e em economias de escala. As pequenas e médias empresas são especialmente afetadas.

(7) Embora os consumidores beneficiem de um nível elevado de proteção quando compram em linha ou de outro modo igualmente à distância no estrangeiro em resultado da aplicação do Regulamento (CE) n. 593/2008, a fragmentação também tem um impacto negativo sobre os níveis de confiança dos consumidores no comércio eletrónico. Embora vários fatores contribuam para esta desconfiança, a incerteza sobre os principais direitos contratuais destaca-se entre as preocupações dos consumidores. Esta incerteza existe independentemente de os consumidores estarem ou não protegidos pelas disposições vinculativas de direito dos contratos celebrados com os consumidores do seu próprio Estado-

Membro nos casos em que um vendedor orienta as suas atividades transfronteiras para eles ou de os consumidores celebrarem ou não contratos transfronteiras com o vendedor sem que o respetivo vendedor exerça atividades comerciais no Estado-Membro do consumidor.

(8) A fim de resolver estes problemas, as empresas e os consumidores devem poder contar com um conjunto de regras específicas plenamente harmonizadas para as vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens. São necessárias regras uniformes em relação a diversos elementos essenciais do direito dos contratos celebrados com os consumidores que, ao abrigo da atual abordagem de harmonização mínima, conduziram a disparidades e a obstáculos ao comércio na União Europeia.

(9) As regras em matéria de direito dos contratos celebrados com os consumidores plenamente harmonizadas tornarão mais fácil aos profissionais oferecer os seus produtos noutros Estados-Membros. As empresas terão os custos reduzidos, uma vez que já não precisarão de ter em conta diferentes regras de consumo obrigatórias. Irão beneficiar de maior segurança jurídica quando venderem à distância para outros Estados-Membros, através de um ambiente estável em matéria de direito dos contratos.

(10) O aumento da concorrência entre retalhistas irá provavelmente resultar numa oferta, aos consumidores, de escolhas mais amplas a preços mais competitivos. Os consumidores beneficiarão de um nível elevado de proteção do consumidor e de ganhos de bem-estar com regras específicas plenamente harmonizadas. Por sua vez, tal aumentará a sua confiança no comércio eletrónico transfronteiras à distância e, nomeadamente, em linha. Os consumidores comprarão com mais confiança a uma distância além-fronteiras sabendo que beneficiam dos mesmos direitos em toda a União.

(11) A presente diretiva abrange as regras aplicáveis às vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens apenas em relação aos elementos-chave contratuais necessários para superar os obstáculos relacionados com o direito dos contratos no mercado único digital. Para este efeito, as regras em matéria de requisitos de conformidade, meios de compensação à disposição dos consumidores por falta de conformidade dos bens com o contrato e modalidades para o seu exercício devem ser plenamente harmonizadas e o nível de proteção do consumidor, em comparação com a Diretiva 1999/44/CE, deve ser aumentado.

(12) Se o contrato incluir elementos de vendas de bens e de prestação de serviços, a diretiva deve aplicar-se apenas à parte respeitante à venda de bens, em conformidade com a abordagem adotada pela Diretiva 2011/83/UE.

(13) A presente diretiva não se aplica a bens como DVD e CD que incorporam os conteúdos digitais de tal modo que os bens funcionam unicamente como meios de transporte de conteúdos digitais. No entanto, a presente diretiva deve aplicar-se a conteúdos digitais integrados nos bens, como eletrodomésticos ou brinquedos,

em que o conteúdo digital se encontra incorporado de tal modo que as suas funções estão subordinadas às principais funcionalidades dos bens e funciona como parte integrante dos bens.

(14) A presente diretiva não afeta o direito dos contratos dos Estados-Membros em domínios não regulados por ela. Os Estados-Membros devem igualmente poder prever condições mais pormenorizadas em relação a aspetos regulados na presente diretiva, na medida em que estes não se encontrem plenamente harmonizados pela mesma: tal diz respeito a prazos de prescrição para o exercício dos direitos dos consumidores, a garantias comerciais e ao direito de regresso do vendedor.

(15) Sempre que se referiram aos mesmos conceitos, as regras previstas na presente diretiva devem ser aplicadas e interpretadas de forma coerente com as normas da Diretiva 1999/44/CE e da Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho⁴¹, tal como interpretado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

(16) Para efeitos de clareza jurídica, a diretiva contém uma definição de “contrato de compra e venda”. Esta definição sustenta que os contratos em que os bens ainda não foram produzidos ou fabricados, incluindo sob especificações do consumidor, também estão incluídos no âmbito de aplicação da diretiva.

(17) A fim de proporcionar clareza e certeza aos vendedores e consumidores, a diretiva deve definir o conceito de contrato. Esta definição segue as tradições comuns de todos os Estados-Membros ao exigir um acordo destinado a dar origem a obrigações ou outros efeitos jurídicos para que exista um contrato.

(18) A fim de equilibrar o requisito de segurança jurídica com uma flexibilidade adequada das regras jurídicas, qualquer referência ao que se pode esperar de ou por uma pessoa na presente diretiva deve ser entendida como uma referência ao que pode ser razoavelmente esperado. O nível de razoabilidade deve ser verificado de forma objetiva, tendo em conta a natureza e a finalidade do contrato, as circunstâncias do caso e os usos e práticas das partes envolvidas. Nomeadamente, o período de tempo razoável para a conclusão de uma reparação ou substituição deve ser verificado de forma objetiva, tendo em conta as características dos bens e a falta de conformidade.

(19) A fim de proporcionar clareza quanto ao que um consumidor pode esperar dos bens e à responsabilidade do vendedor no caso de falhar a entrega do que é esperado, é essencial harmonizar plenamente as regras para determinar a conformidade com o contrato. A aplicação de uma combinação de critérios subjetivos e objetivos deve salvaguardar os interesses legítimos de ambas as partes de um contrato de compra e venda. A conformidade com o contrato deve ser avaliada tendo em conta não só os requisitos que o vendedor definiu efetivamente no contrato – inclusive na informação pré-contratual que faz parte integrante do contrato – mas também determinados requisitos objetivos que constituem

as normas geralmente previstas para os bens, designadamente em termos de adequação para o efeito, embalagem, instruções de instalação e qualidades e capacidades de desempenho normais.

(20) Um grande número de bens de consumo destina-se a ser instalado antes de poder ser utilizado pelo consumidor. Por conseguinte, qualquer falta de conformidade com o contrato resultante de uma instalação incorreta dos bens deve ser considerada como uma falta de conformidade desses bens se a instalação foi efetuada pelo vendedor ou sob controlo do vendedor, bem como se os bens foram instalados pelo consumidor mas a instalação incorreta deve-se a instruções de instalação incorretas.

(21) A conformidade deve abranger tanto os vícios materiais como os vícios jurídicos. Os direitos de terceiros e outros vícios jurídicos podem impedir efetivamente o consumidor de usufruir dos bens em conformidade com o contrato, se o titular legítimo obrigar o consumidor a cessar de violar esses direitos. Por conseguinte, o vendedor deve garantir que os bens estão isentos de qualquer direito de terceiros que impeça o consumidor de usufruir dos bens em conformidade com o contrato.

(22) Embora a liberdade contratual no que diz respeito aos critérios de conformidade com o contrato deva ser assegurada, a fim de evitar a evasão à responsabilidade por falta de conformidade e assegurar um nível elevado de proteção do consumidor, qualquer derrogação das regras obrigatórias relativas a critérios de conformidade e instalação incorreta, que seja prejudicial aos interesses do consumidor, é válida se o consumidor tiver sido expressamente informado e a tiver expressamente consentido aquando da celebração do contrato.

(23) Assegurar uma maior durabilidade dos bens de consumo é importante para se alcançarem padrões de consumo mais sustentáveis e uma economia circular. De igual modo, manter produtos não conformes fora do mercado da União, reforçando a vigilância do mercado e proporcionando os incentivos adequados aos operadores económicos, é essencial para aumentar a confiança no mercado único. Para esse efeito, uma legislação comunitária específica relativa a produtos é a abordagem mais adequada para introduzir requisitos de durabilidade e outros requisitos relacionados com produtos em relação a determinados tipos ou grupos de produtos, utilizando para este fim critérios adaptados. Por conseguinte, a presente diretiva deve ser complementar dos objetivos prosseguidos nesta legislação comunitária setorial específica. Na medida em que as informações específicas sobre a durabilidade estiverem indicadas em qualquer declaração pré-contratual que faça parte do contrato de compra e venda, o consumidor deve poder basear-se nelas como parte dos critérios de conformidade.

(24) O reforço da segurança jurídica dos consumidores e vendedores exige uma indicação clara do momento em que a conformidade dos bens com os contratos deve ser avaliada. A fim de assegurar a coerência entre a presente diretiva

e a Diretiva 2011/83/UE, é conveniente indicar a data de transferência do risco como o momento para avaliar a conformidade dos bens. No entanto, nos casos em que os bens têm de ser instalados, o momento relevante deve ser adaptado.

(25) A possibilidade facultativa de os Estados-Membros manterem as obrigações de notificação para os consumidores pode levá-los a perder facilmente pretensões bem fundamentadas de meios de compensação em caso de atraso ou falta de notificação, sobretudo em transações transfronteiras em que é aplicável uma lei de outro Estado-Membro e o consumidor não tem conhecimento de tal obrigação de notificação resultante dessa lei. Por conseguinte, não deve ser estabelecida uma obrigação de notificação para os consumidores. Consequentemente, os Estados-Membros devem estar impossibilitados de introduzir ou manter um requisito para o consumidor notificar o vendedor da falta de conformidade num determinado prazo.

(26) A fim de permitir que as empresas contem com um único conjunto de regras em toda a União, é necessário harmonizar plenamente o período de tempo durante o qual o ónus da prova pela falta de conformidade é invertido a favor do consumidor. Nos dois primeiros anos, a fim de beneficiar da presunção de falta de conformidade, o consumidor deve apenas estabelecer que o bem não está conforme, sem necessidade de demonstrar que a falta de conformidade existia efetivamente no momento relevante para determinar a conformidade. A fim de aumentar a segurança jurídica em relação aos meios de compensação disponíveis para a falta de conformidade com o contrato e a fim de eliminar um dos principais obstáculos que inibem o mercado único digital, deve estar prevista uma ordem plenamente harmonizada em que os meios de compensação podem ser exercidos. Em especial, o consumidor deve beneficiar de uma escolha entre a reparação ou a substituição, como um primeiro meio que deverá ajudar a manter a relação contratual e a confiança mútua. Além disso, permitir que os consumidores exijam reparação deve incentivar um consumo sustentável e poderia contribuir para uma maior durabilidade dos produtos.

(27) A escolha do consumidor entre a reparação e a substituição apenas deve ser limitada quando a opção escolhida for desproporcionada em comparação com a outra opção disponível, impossível ou ilegal. Por exemplo, poderia ser desproporcionado solicitar a substituição dos bens devido a um pequeno risco se tal acarretasse custos significativos e, simultaneamente, o risco pudesse ser facilmente reparado.

(28) Se o vendedor não tiver sanado a falta de conformidade através de reparação ou substituição sem inconvenientes significativos para o consumidor e dentro de um prazo razoável, o consumidor deve ter direito a uma redução do preço ou a rescindir o contrato. Em especial, qualquer reparação ou substituição deve ser efetuada com êxito, dentro do prazo razoável. O prazo razoável deve ser objetivamente determinado tendo em conta a natureza dos bens e a falta de

conformidade. Se, passado o prazo razoável, o vendedor não tiver sanado com êxito a falta de conformidade, o consumidor não deve ser obrigado a aceitar quaisquer tentativas adicionais por parte do vendedor em relação à mesma falta de conformidade.

(29) Tendo em conta que o direito de rescindir o contrato devido à falta de conformidade é um importante meio de compensação aplicável quando a reparação ou a substituição não são viáveis ou tiverem falhado, o consumidor deve também beneficiar deste direito nos casos em que a falta de conformidade for insignificante. Tal proporcionaria um forte incentivo para a resolução de todos os casos de falta de conformidade numa fase inicial. A fim de tornar o direito de rescisão eficaz para os consumidores, nos casos em que o consumidor adquire vários bens, alguns sendo um acessório do artigo principal que o consumidor não teria adquirido sem este, e a falta de conformidade afeta o artigo principal, o consumidor deve ter o direito de rescindir o contrato também em relação aos artigos acessórios, mesmo que estejam em conformidade com o contrato.

(30) Nos casos em que o consumidor rescinde o contrato devido a falta de conformidade, a presente diretiva prevê apenas os principais efeitos e modalidades do direito de rescisão, nomeadamente a obrigação de as partes devolverem o que receberam. Por conseguinte, o vendedor é obrigado a reembolsar o preço recebido do consumidor e o consumidor deve devolver os bens.

(31) A fim de assegurar a eficácia do direito de rescisão por parte dos consumidores, evitando simultaneamente o enriquecimento injustificado do consumidor, deve limitar-se a obrigação de o consumidor pagar pela diminuição do valor dos bens às situações em que a diminuição excede a utilização normal. Em qualquer caso, o consumidor não deve ser obrigado a pagar mais do que o preço acordado pelos bens. Em situações em que a devolução dos bens seja impossível devido à sua destruição ou perda, o consumidor deve pagar o valor monetário dos bens que foram destruídos. No entanto, o consumidor não deve ser obrigado a pagar o valor monetário quando a destruição ou perda for causada pela falta de conformidade dos bens com o contrato.

(32) A fim de aumentar a segurança jurídica dos vendedores e a confiança global dos consumidores nas compras transfronteiras, é necessário harmonizar o período durante o qual o vendedor é responsável por qualquer falta de conformidade existente no momento em que o consumidor adquire a posse material dos bens. Tendo em conta que a grande maioria dos Estados-Membros previu um período de dois anos aquando da aplicação da Diretiva 1999/44 e, na prática, este é considerado pelos participantes no mercado como um período razoável, este período deve ser mantido.

(33) A fim de assegurar uma maior sensibilização dos consumidores e facilitar a execução das regras da União relativas aos direitos do consumidor em relação a bens não conformes, a presente diretiva deve alinhar o período de tempo em que

o ónus da prova é revertido a favor do consumidor com o período durante o qual o vendedor é considerado responsável por qualquer falta de conformidade.

(34) A fim de assegurar a transparência, devem ser previstos determinados requisitos de transparência para garantias comerciais. Além disso, a fim de aumentar a segurança jurídica e evitar que os consumidores sejam induzidos em erro, a presente diretiva prevê que, sempre que as condições de garantia comercial contidas em anúncios ou na informação pré-contratual forem mais favoráveis para o consumidor do que as incluídas na declaração de garantia, devem prevalecer as condições mais vantajosas.

(35) Tendo em conta que o vendedor é responsável perante o consumidor por qualquer falta de conformidade dos bens que decorra de um ato ou omissão por parte do vendedor ou de terceiros, justifica-se que o vendedor deva poder exercer o direito de reparação perante a pessoa responsável numa fase anterior da cadeia de transações. No entanto, a presente diretiva não deve afetar o princípio da liberdade contratual entre o vendedor e outras partes na cadeia de transações. Os pormenores para o exercício desse direito, nomeadamente contra quem e o modo como esses meios de compensação devem ser exercidos, devem ser previstos pelos Estados-Membros.

(36) As pessoas ou organizações que, nos termos da legislação nacional, possuam um interesse legítimo em matéria de defesa dos direitos contratuais do consumidor, devem dispor do direito de intentar ações em tribunal ou junto de uma autoridade administrativa competente para decidir das queixas ou para desencadear as ações judiciais apropriadas.

(37) Nada na presente diretiva deve prejudicar a aplicação das regras em matéria de direito internacional privado, em especial o Regulamento (CE) n. 593/2008 e o Regulamento (CE) n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho⁴².

(38) A Diretiva 1999/44/CE deve ser alterada a fim de excluir os contratos de vendas à distância do seu âmbito de aplicação.

(39) O Regulamento (CE) n. 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho⁴³ deve ser alterado a fim de incluir no seu anexo uma referência à presente diretiva, de modo a facilitar a cooperação transfronteiras na execução da mesma.

(40) A Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho⁴⁴ deve ser alterada a fim de incluir no seu anexo uma referência à presente diretiva, por forma a assegurar que os interesses coletivos dos consumidores previstos na presente diretiva são protegidos.

(41) Em conformidade com a Declaração Política Conjunta dos Estados-Membros e da Comissão de 28 de setembro de 2011 sobre os documentos explicativos⁴⁵, os Estados-Membros assumiram o compromisso de fazer acompanhar, nos casos em que tal se justifique, a notificação das suas medidas de transposição de um ou mais documentos explicando a relação entre os componentes da diretiva e as partes correspondentes dos instrumentos de

transposição nacional. Em relação à presente diretiva, o legislador considera que a transmissão desses documentos se justifica.

(42) Uma vez que os objetivos da presente diretiva, nomeadamente o de contribuir para o funcionamento do mercado interno mediante o combate, de forma coerente, aos obstáculos relacionados com o direito dos contratos em matéria de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens, não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros podendo, pelo contrário, ser melhor alcançados ao nível da União, esta pode adotar medidas, em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5º do Tratado da União Europeia. De acordo com o princípio da proporcionalidade, estabelecido no mesmo artigo, a presente diretiva não vai além do que é necessário para alcançar esses objetivos.

(43) A presente diretiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, em especial, nos artigos 16º, 38º e 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,

ADOTARAM A PRESENTE DIRETIVA:

Artigo 1º

Objeto e âmbito de aplicação

1. A presente diretiva estabelece certos requisitos relativos aos contratos de compra e venda à distância celebrados entre o vendedor e o consumidor, designadamente as regras sobre a conformidade dos bens, os meios de compensação em caso de não conformidade e as modalidades para o exercício dos mesmos.

2. A presente diretiva não se aplica aos contratos para a prestação de serviços à distância. No entanto, no caso dos contratos de compra e venda que prevejam tanto a venda de bens como a prestação de serviços, a presente diretiva aplica-se à parte relativa à venda de bens.

3. A presente diretiva não se aplica a qualquer suporte duradouro que incorpore conteúdos digitais, quando este tiver sido utilizado exclusivamente como um meio de transporte para o fornecimento de conteúdos digitais ao consumidor.

4. Na medida em que não sejam por ela reguladas, a presente diretiva não deve afetar as disposições gerais do direito nacional em matéria de contratos, tais como regras relativas à formação, à validade ou aos efeitos dos contratos, incluindo as consequências da rescisão do contrato.

Artigo 2º

Definições

Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

(a) “Contrato de compra e venda”: um contrato ao abrigo do qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade dos bens, incluindo bens que ainda não tenham sido produzidos ou fabricados, para o consumidor e o consumidor paga ou se compromete a pagar o respetivo preço.

(b) “Consumidor”: uma pessoa singular que, nos contratos abrangidos pela presente diretiva, atue com fins que não se incluam no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional;

(c) “Vendedor”: uma pessoa singular ou coletiva, pública ou privada, que atue, nomeadamente através de outra pessoa em seu nome ou por sua conta, no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, no quadro de contratos abrangidos pela presente diretiva;

(d) “Bens”: qualquer artigo móvel tangível, com exceção de

a) artigos vendidos através de penhora ou qualquer outra forma de execução judicial,

b) água, gás e eletricidade, salvo se postos à venda num volume limitado ou em quantidade determinada.

(e) “Contrato de compra e venda à distância”: um contrato de compra e venda celebrado no âmbito de um sistema à distância organizado sem a presença física simultânea do vendedor e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância, incluindo através da Internet, até ao momento da celebração do contrato, inclusive;

(f) “Suporte duradouro”: um instrumento que possibilite ao consumidor ou ao vendedor armazenar informações que lhe sejam pessoalmente dirigidas, de uma forma que, no futuro, lhe permita aceder às mesmas durante um período de tempo adaptado aos fins a que as informações se destinam e que possibilite a reprodução inalterada das informações armazenadas;

(g) “Garantia comercial”: um compromisso assumido pelo vendedor ou pelo produtor (o “garante”) perante o consumidor, para além das suas obrigações legais no tocante à garantia de conformidade, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem, no caso de este não ser conforme com as especificações ou qualquer outro elemento não relacionado com a conformidade estabelecidos na declaração de garantia ou na respetiva publicidade divulgada aquando ou antes da celebração do contrato;

(h) “Contrato”: um acordo destinado a criar obrigações ou outros efeitos jurídicos;

(i) “Reparação”: em caso de falta de conformidade, reposição dos bens em conformidade com o contrato;

(j) “Gratuito”: livre dos custos necessariamente incorridos para repor os bens em conformidade, nomeadamente o custo de transporte, mão-de-obra e materiais.

Artigo 3º

Nível de harmonização

Os Estados-Membros não devem manter ou introduzir disposições contrárias às previstas na presente diretiva, nomeadamente disposições mais ou menos rigorosas, que tenham por objetivo garantir um nível diferente de defesa do consumidor.

Artigo 4º

Conformidade com o contrato

5. O vendedor deve garantir que, a fim de se encontrarem em conformidade com o contrato, os bens devem, se for caso disso:

(a) Ter a quantidade, qualidade e tipo exigidos pelo contrato, o que significa que sempre que o vendedor apresente uma amostra ou um modelo ao consumidor, os bens devem possuir a mesma qualidade e corresponder à descrição dessa amostra ou modelo;

(b) Ser adequados a qualquer uso específico para o qual o consumidor os destine e que tenha sido comunicado ao vendedor no momento da celebração do contrato e que o mesmo tenha aceitado, e

(c) Apresentar as qualidades e capacidades de desempenho indicadas em qualquer declaração pré-contratual que seja parte integrante do contrato.

6. A fim de garantir a conformidade com o contrato, os bens devem também cumprir os requisitos previstos nos artigos 5º, 6º e 7º.

7. Um acordo que exclua, derogue ou altere os efeitos dos artigos 5º e 6º, em detrimento do consumidor, só é válido se, no momento da celebração do contrato, o consumidor tivesse conhecimento da condição específica dos bens e a tiver expressamente aceitado aquando da celebração do contrato.

Artigo 5º

Requisitos de conformidade dos bens

Os bens devem, se for caso disso:

(d) Ser adequados às utilizações a que habitualmente se destinam os bens do mesmo tipo;

(e) Ser entregues juntamente com os acessórios, incluindo a embalagem, instruções de instalação ou outras instruções que o consumidor possa esperar receber; e

(f) Possuir as qualidades e capacidades de desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode esperar dada a natureza dos bens e tendo em conta qualquer declaração pública feita pelo vendedor ou em nome deste ou por outras pessoas em fases anteriores da cadeia de transações, incluindo o produtor, a menos que o vendedor demonstre que:

i) não tinha, nem podia razoavelmente ter, conhecimento da declaração em causa;

ii) aquando da celebração do contrato, a declaração em causa tinha sido corrigida; ou

iii) a decisão de comprar os bens não poderia ter sido influenciada pela declaração.

Artigo 6º

Instalação incorreta

Sempre que os bens forem instalados de forma incorreta, qualquer falta de conformidade resultante da instalação incorreta é considerada falta de conformidade desses bens com o contrato se:

(g) Os bens foram instalados pelo vendedor ou sob a sua responsabilidade; ou

(h) Os bens, destinados a serem instalados pelo consumidor, foram instalados por este e a instalação incorreta deveu-se a um erro nas instruções de instalação.

Artigo 7º

Direitos ou pretensões de terceiros

No momento relevante para determinar a conformidade com o contrato, tal como determinado pelo artigo 8º, os bens devem estar isentos de qualquer direito de terceiros, incluindo os baseados na propriedade intelectual, para que possam ser utilizados em conformidade com o contrato.

Artigo 8º

Momento relevante para determinar a conformidade com o contrato

8. O vendedor deve ser responsável por qualquer falta de conformidade com o contrato que exista no momento em que:

(i) O consumidor, ou um terceiro indicado pelo consumidor, que não seja o transportador, tenha adquirido a posse material dos bens; ou

(j) Os bens são entregues ao transportador escolhido pelo consumidor, sempre que este não tenha sido proposto pelo vendedor ou se o vendedor não propuser qualquer meio de transporte.

9. Nos casos em que os bens tenham sido instalados pelo vendedor, ou sob sua responsabilidade, o momento em que a instalação se encontra concluída deve ser considerado o momento em que o consumidor adquiriu a posse material dos bens. Nos casos em que os bens se destinavam a ser instalados pelo consumidor, o momento em que o consumidor teve um prazo razoável para a instalação mas, em qualquer caso, o mais tardar 30 dias após a data indicada no n. 1, deve ser considerado o momento em que o consumidor adquiriu a posse material dos bens.

10. Qualquer falta de conformidade com o contrato que se manifeste no prazo de dois anos a contar da data indicada nos n.ºs 1 e 2 considera-se como tendo existido nessas datas, a menos que tal seja incompatível com a natureza dos bens ou com a natureza da falta de conformidade.

Artigo 9º

Meios de compensação do consumidor para a falta de conformidade com o contrato

11. Caso se verifique uma falta de conformidade com o contrato, o consumidor tem o direito de ter os bens repostos em conformidade pelo vendedor, a título gratuito, através de reparação ou substituição nos termos do artigo 11º.

12. A reparação ou substituição deve ser concluída dentro de um prazo razoável e sem inconvenientes significativos para o consumidor, tendo em conta a natureza dos bens e o fim a que se destinam.

13. O consumidor tem direito a uma redução proporcional do preço em conformidade com o artigo 12º ou a rescindir o contrato em conformidade com o artigo 13º, sempre que:

(k) A reparação ou substituição for impossível ou ilegal;

(l) O vendedor não tiver concluído a reparação ou substituição num prazo razoável;

(m) A reparação ou substituição possa causar inconvenientes significativos para o consumidor; ou

(n) O vendedor tiver declarado, ou for evidente a partir das circunstâncias, que não irá repor os bens em conformidade com o contrato num prazo razoável.

14. O consumidor tem o direito de recusar o pagamento de qualquer parte remanescente do preço até que o vendedor tenha repostos os bens em conformidade com o contrato.

15. O consumidor não tem direito a uma compensação na medida em que tiver contribuído para a falta de conformidade com o contrato ou para os seus efeitos.

Artigo 10º

Substituição dos bens

16. Sempre que o vendedor sane a falta de conformidade com o contrato por substituição, tem de aceitar a devolução dos bens substituídos a expensas suas, salvo se as partes tiverem acordado de outro modo depois de a falta de conformidade com o contrato ter sido comunicada pelo consumidor ao vendedor.

17. Sempre que o vendedor tenha instalado os bens de uma forma compatível com a sua natureza e finalidade, antes de a falta de conformidade com o contrato se ter manifestado, a obrigação de aceitar a devolução dos bens substituídos deve incluir a retirada dos bens não conformes e a instalação de bens de substituição, ou a assunção dos custos da mesma.

18. O consumidor não é obrigado a pagar por qualquer utilização dos bens substituídos durante o período anterior à substituição.

Artigo 11º

Escolha do consumidor entre a reparação e a substituição

O consumidor pode escolher entre a reparação e a substituição, a menos que a opção escolhida seja impossível, ilegal ou, em comparação com a outra opção, imponha ao vendedor custos que sejam desproporcionados, tendo em conta todas as circunstâncias, incluindo:

- (o) O valor que os bens teriam se não se verificasse falta de conformidade com o contrato;
- (p) A importância da falta de conformidade com o contrato;
- (q) A possibilidade de recorrer à solução alternativa sem inconvenientes significativos para o consumidor.

Artigo 12º

Redução do preço

A redução do preço deve ser proporcional à diminuição do valor dos bens que foram recebidos pelo consumidor, em comparação com o valor que os bens teriam se estivessem em conformidade com o contrato.

Artigo 13º

Direito do consumidor a rescindir o contrato

19. O consumidor exerce o direito de rescindir o contrato mediante notificação ao vendedor, efetuada por qualquer meio.

20. Sempre que a falta de conformidade com o contrato disser respeito a apenas uma parte dos produtos entregues no âmbito do contrato e não existir fundamento para a rescisão nos termos do artigo 9º, o consumidor pode rescindir o contrato apenas em relação a esses bens e a quaisquer outros bens que o consumidor adquiriu como acessório dos bens não conformes.

21. Sempre que o consumidor rescindir o contrato no seu conjunto ou em relação a alguns dos bens entregues no âmbito do contrato em conformidade com o n. 2:

(r) O vendedor deve reembolsar o consumidor pelo preço pago sem demora injustificada e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias a contar da receção da notificação, bem como suportar o custo do reembolso;

(s) O consumidor deve devolver ao vendedor os bens, a expensas deste, sem demora injustificada e, em qualquer caso, o mais tardar 14 dias a contar do envio da notificação da rescisão;

(t) Sempre que os bens não puderem ser devolvidos devido a destruição ou perda, o consumidor deve pagar ao vendedor o valor monetário que os bens não conformes teriam à data em que a restituição deveria ser feita, se tivessem sido conservados pelo consumidor sem a sua destruição ou perda até essa data, a menos que a destruição ou perda tenha sido provocada pela falta de conformidade dos bens com o contrato; e

(u) O consumidor deve pagar pela diminuição no valor dos bens apenas na medida em que a diminuição do valor exceda a depreciação através do uso regular. O pagamento pela diminuição de valor não deve exceder o preço pago pelos bens.

Artigo 14º

Prazos

O consumidor tem direito a uma compensação pela falta de conformidade dos bens com o contrato sempre que esta se manifestar no prazo de dois anos a contar do momento relevante para determinar a conformidade. Se, por força da legislação nacional, os direitos previstos no artigo 9º estiverem sujeitos a um prazo de prescrição, esse prazo não pode ser inferior a dois anos a contar do momento relevante para determinar a conformidade com o contrato.

Artigo 15º

Garantias comerciais

22. Qualquer garantia comercial deve ser vinculativa para o garante nos termos das condições previstas:

(v) Na informação pré-contratual fornecida pelo vendedor, incluindo qualquer declaração pré-contratual que integre o contrato;

(w) Na publicidade divulgada aquando ou antes da celebração do contrato; e

(x) Na declaração de garantia.

Se a declaração de garantia for menos vantajosa para o consumidor do que as condições previstas na informação pré-contratual fornecida pelo vendedor ou na publicidade, a garantia comercial deve ser vinculativa nos termos das condições previstas na informação pré-contratual ou publicidade relativas à garantia comercial.

23. A declaração de garantia deve ser disponibilizada num suporte duradouro e redigida em termos claros e compreensíveis. Deve incluir o seguinte:

(y) Uma declaração clara dos direitos legais do consumidor, conforme previstos na presente diretiva, e uma clara indicação de que esses direitos não são afetados pela garantia comercial; e

(z) As condições da garantia comercial que vão para além dos direitos legais do consumidor, informações sobre a duração, a possibilidade de transferência, o âmbito territorial e a existência de eventuais encargos que o consumidor possa incorrer para beneficiar da garantia comercial, o nome e endereço do garante e, se for diferente do garante, a pessoa contra quem qualquer reclamação deve ser efetuada e o procedimento pelo qual a reclamação deve ser efetuada.

24. A não conformidade com o n. 2 não prejudica a natureza vinculativa da garantia comercial para o garante.

25. Os Estados-Membros podem estabelecer regras adicionais em matéria de garantias comerciais, desde que essas regras não diminuam a proteção prevista no presente artigo.

Artigo 16º **Direito de regresso**

Quando o vendedor é responsável perante o consumidor devido a uma falta de conformidade com o contrato resultante de um ato ou omissão de uma pessoa em fases anteriores da cadeia de transações, o vendedor deve beneficiar de um direito de regresso perante a pessoa ou pessoas responsáveis na cadeia contratual. A pessoa responsável contra a qual o fornecedor pode exercer o direito de regresso, bem como as ações pertinentes e as condições de exercício, devem ser determinadas pelo direito nacional.

Artigo 17º **Aplicação**

1. Os Estados-Membros devem assegurar a existência de meios adequados e eficazes para garantir o cumprimento do disposto na presente diretiva.

2. Os meios referidos no n. 1 incluem disposições que, nos termos da legislação nacional, permitem a um ou mais dos organismos a seguir indicados, tal como determinados por essa legislação, solicitar que os tribunais ou os organismos administrativos competentes se pronunciem para garantir a aplicação das disposições nacionais de transposição da presente diretiva:

- a) Organismos públicos ou seus representantes;
- b) Organizações de consumidores com um interesse legítimo na defesa dos consumidores;
- c) Organizações profissionais com um interesse legítimo em agir.

Artigo 18º **Caráter imperativo**

Qualquer acordo contratual que, em detrimento do consumidor, exclua a aplicação das medidas nacionais que transpõem a presente diretiva, derroque ou altere o seu efeito antes de a falta de conformidade dos bens com o contrato ser notificada pelo consumidor ao vendedor, não será vinculativo para o consumidor, a menos que as partes do contrato excluam, derroquem ou alterem os efeitos dos requisitos previstos nos artigos 5º e 6º em conformidade com o artigo 4º, n. 3.

Artigo 19º **Alterações à Diretiva 1999/44/CE, ao Regulamento (CE) n. 2006/2004 e à Diretiva 2009/22/CE**

26. O artigo 1º da Diretiva 1999/44/CE é alterado do seguinte modo:

- a) O n. 1 passa a ter a seguinte redação:

“1. A presente diretiva tem por objetivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas a certos aspetos dos contratos de venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas,

que não constituam contratos de venda à distância, com vista a assegurar um nível mínimo uniforme de defesa dos consumidores no contexto do mercado interno.”

b) O n. 2 passa a ter a seguinte redação:

i) a alínea f) passa a ter a seguinte redação:

“f) *Reparação: em caso de falta de conformidade, a reposição dos bens de consumo em conformidade com o contrato de venda;*”

ii) é aditada a seguinte alínea:

“g) *“Contrato de compra e venda à distância”: qualquer contrato de compra e venda celebrado no âmbito de um sistema à distância organizado sem a presença física simultânea do vendedor e do consumidor, mediante a utilização exclusiva de um ou mais meios de comunicação à distância, incluindo através da Internet, até ao momento da celebração do contrato, inclusive”.*

27. Ao anexo do Regulamento (CE) n. 2006/2004 é aditado o seguinte ponto:

“22. *Diretiva (UE) N/XXX do Parlamento Europeu e do Conselho, de XX/XX/201X, relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens (JO...)”*

28. Ao anexo I da Diretiva 2009/22/CE é aditado o seguinte ponto:

“16. *Diretiva (UE) N/XXX do Parlamento Europeu e do Conselho, de XX/XX/201X, relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens (JO...)”*

Artigo 20º

Transposição

1. Os Estados-Membros devem adotar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente diretiva, o mais tardar, até [*data correspondente a dois anos após a entrada em vigor*].

2. As disposições adotadas pelos Estados-Membros devem fazer referência à presente diretiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. Os Estados-Membros estabelecem o modo como deve ser feita a referência.

3. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão o texto das disposições de direito nacional que adotarem no domínio regido pela presente diretiva.

Artigo 21º

Entrada em vigor

A presente diretiva entra em vigor no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação no *Jornal Oficial da União Europeia*.

Artigo 22º

Destinatários

Os destinatários da presente diretiva são os Estados-Membros.

Feito em Bruxelas, em

*Pelo Parlamento Europeu
O Presidente*

*Pelo Conselho
O Presidente*

1 COM(2015) 192 final <http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market/>

2 Para efeitos da presente exposição de motivos, qualquer referência a “vendas em linha” deve ser entendida como “vendas em linha e outras vendas à distância”.

3 Eurobarómetro Flash n. 396, “Retailers’ attitudes towards cross-border trade and consumer protection” (“Atitudes do retalhista face às compras transfronteiriças e à proteção ao consumidor”) (2015).

4 Eurobarómetro Flash n. 413, “Companies engaged in online activities” (“Empresas envolvidas em atividades em linha”) (2015), distribuição por setor (apenas atividades entre empresas e consumidores).

5 “Eurostat survey on ICT usage in households and by individuals” (“Inquérito comunitário do Eurostat sobre a utilização das TIC pelos agregados familiares e pelos indivíduos”) (2014).

6 JO L 171 de 7.7.1999, p. 12.

7 JO L 304 de 22.11.2011, p. 64.

8 JO L 178 de 17.7.2000, p. 1-16.

9 JO L 95 de 21.4.1993, p. 29-34.

10 Uma explicação pormenorizada da regra da UE sobre a lei aplicável e a competência no mercado único digital pode ser consultada no anexo 7 do documento de trabalho dos serviços da Comissão que contém a avaliação de impacto que acompanha as propostas de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens, SWD (2015) 275.

11 JO L 351 de 20.12.2012, p. 1-32.

12 JO L 177 de 4.7.2008, p. 6.

13 Diretiva 2009/125/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, relativa à criação de um quadro para definir os requisitos de conceção ecológica dos produtos relacionados com o consumo de energia, JO L 285 de 31.10.2009, p. 10-35.

14 Diretiva 2010/30/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de maio de 2010, relativa à indicação do consumo de energia e de outros recursos por parte dos produtos relacionados com a energia, por meio de rotulagem e outras indicações uniformes relativas aos produtos, JO L 153 de 18.6.2010, p. 1-12.

15 Regulamento (UE) n. 524/2013, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução de litígios de consumo em linha, que altera o Regulamento (CE) n. 2006/2004 e a Diretiva 2009/22/CE, JO L 165 de 18.6.2013, p. 1.

16 JO L 364 de 9.12.2004, p. 1.

17 A presente diretiva irá alterar o regulamento relativo à cooperação no domínio da defesa do consumidor, a fim de acrescentar uma referência à presente diretiva no anexo do referido regulamento.

18 Esta informação é, sobretudo, retirada das notificações dos Estados-Membros à Comissão, de acordo com os artigos 32º e 33º da Diretiva 2011/83/UE sobre a transposição da Diretiva 93/13/CEE

do Conselho e da Diretiva 1999/44/CE; para ter acesso às notificações, consultar: http://ec.europa.eu/consumers/consumer_rights/rights-contracts/directive/notifications/index_en.htm.

19 Embora a maior parte das diferenças nas regras nacionais em matéria de consumo advenham das diferentes formas como os Estados-Membros aplicaram as diretivas de harmonização mínima da UE, existem igualmente algumas outras disposições vinculativas do direito nacional em matéria de contratos no domínio do consumo que não têm a sua origem na aplicação do acervo da UE relativo ao consumo. Para exemplos específicos, consultar: a avaliação de impacto que acompanha as propostas de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de fornecimento de conteúdos digitais e de uma diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspetos que dizem respeito a contratos de vendas em linha de bens e outras vendas à distância de bens, SWD (2015) 275.

20 Áustria, Bélgica, Bulgária, República Checa, Dinamarca, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Hungria, Itália, Letónia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Roménia, Eslováquia, Espanha e Suécia.

21 Áustria, Bulgária, República Checa, França, Alemanha, Grécia, Irlanda, Lituânia, Luxemburgo, Polónia e Reino Unido.

22 Bélgica, Croácia, Chipre, Estónia, Finlândia, Itália, Letónia, Malta, Portugal, Roménia, Eslovénia e Espanha.

23 Dentro de um prazo razoável na Dinamarca e na Suécia; prontamente nos Países Baixos e imediatamente na Hungria (nestes países, considera-se sempre que uma notificação no período de dois meses se encontra dentro do prazo); no prazo de seis meses na Eslováquia.

24 França, Portugal e Polónia.

25 Suécia.

26 Finlândia e Países Baixos.

27 Irlanda e Reino Unido.

28 Para mais informações sobre as consultas, ver: http://ec.europa.eu/justice/newsroom/contract/opinion/index_en.htm

29 Inquérito ao consumidor de identificação dos principais obstáculos transfronteiriços ao mercado único digital e onde estes mais se fazem sentir, realizado pela GfK em nome da Comissão Europeia, 2015.

30 Eurobarómetro Flash n. 413 “Companies engaged in online activities” (“Empresas envolvidas em atividades em linha”) (2015) http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_413_en.pdf

31 Ver, nomeadamente:

– Inquérito ao consumidor de identificação dos principais obstáculos transfronteiriços ao mercado único digital e onde estes mais se fazem sentir, realizado pela GfK em nome da Comissão Europeia, 2015 http://ec.europa.eu/consumers/consumer_evidence/market_studies/obstacles_dsm/docs/21.09_dsm_final_report.pdf

– “Eurostat survey on ICT usage in households and by individuals” (“Inquérito comunitário do Eurostat sobre a utilização das TIC pelos agregados familiares e pelos indivíduos”) (2014).

– “Comparative Study on cloud computing contracts” (“Estudo Comparativo sobre contratos de computação em nuvem”) (2014) da DLA Piper, p. 33 e seguintes; “Analysis of the applicable legal frameworks and suggestions for the contours of a model system of consumer protection in relation to digital content contracts” (“Análise dos quadros jurídicos aplicáveis e sugestões para os contornos de um sistema-modelo de proteção dos consumidores em matéria de contratos de conteúdos digitais”); Universidade de Amesterdão: Centro de Estudo do Direito Contratual Europeu (CSECL), Instituto de Direito de Informação (IViR): Centro de Direito e Economia de Amesterdão (ACLE), p. 32 e seguintes

– Eurobarómetro Flash n. 413 “Companies engaged in online activities” (“Empresas envolvidas em atividades em linha”) (2015) http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl_413_en.pdf

– “Economic study on consumer digital Content products” (“Estudo económico sobre produtos de consumo de conteúdos digitais”), ICF International, 2015.

32 Um inquérito a um painel de PME realizado em 2011 no âmbito da EnterpriseEurope Network (“Rede Europeia de Empresas”), que reuniu respostas de 1 047 micro, pequenas e médias empresas.

33 O parecer do Comité de Controlo da Regulamentação está disponível em: http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm.

34 O relatório da avaliação de impacto e o resumo estão disponíveis em: http://ec.europa.eu/justice/contract/index_en.htm.

35 “Consumer market study on the functioning of Legal and Commercial Guarantees for consumers in the EU” (“Estudo sobre o funcionamento das garantias legais e comerciais para os consumidores na UE”) (2015, a aguardar publicação).

36 JO L 110 de 1.5.2009, p. 30.

37 JO C [...], [...], p. [...].

38 COM(2015) 192 final.

39 Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171 de 7.7.1999, p. 12).

40 Regulamento (CE) n. 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), JO L 177 de 4.7.2008, p. 6.

41 Diretiva 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011, relativa aos direitos dos consumidores, que altera a Diretiva 93/13/CEE do Conselho e a Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e que revoga a Diretiva 85/577/CEE do Conselho e a Diretiva 97/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, JO L 304 de 22.11.2011, p. 64.

42 Regulamento (CE) n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial (reformulação) JO L 351 de 20.12.2012, p. 1.

43 Regulamento (CE) n. 2006/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004, relativo à cooperação entre as autoridades nacionais responsáveis pela aplicação da legislação de defesa do consumidor, JO L 165 de 18.6.2013, p. 1.

44 Diretiva 2009/22/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de maio de 2009, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores JO L 110 de 1.5.2009, p. 30.

45 JO C 369 de 17.12.2011, p. 14.

CONTRATOS DE COMUNICAÇÕES ELETRÓNICAS: o que há de novo no horizonte?

Há regras novas a disciplinar os contratos de comunicações electrónicas. Constam da Lei 15/2016, de 17 de junho, e entraram em vigor a 17 de julho deste ano.

As comunicações electrónicas constituem, hoje por hoje, serviço público essencial, com regras gerais, especiais e específicas.

As regras especiais e específicas constam da Lei 5/2004, de 10 de fevereiro, objeto de sucessivas alterações e aditamentos.

As comunicações electrónicas incluem o serviço telefónico fixo, o móvel, o serviço de telecópia, outros suportes de transmissão de dados, a internet, a televisão...

O contrato está sujeito a forma, ao contrário do que afirmam os “especialistas” da entidade reguladora, a Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações.

E deve ser lavrado ou em papel ou noutra suporte duradouro.

Por suporte duradouro se entende, nos termos do que a Diretiva 2011/85/UE preceitua,

“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 respectiva reprodução inalterada.”

I FORMA LEGAL EM PAPEL OU NOUTRO SUPORTE DURADOURO

Sem prejuízo da legislação atinente à defesa do consumidor, a oferta de redes de comunicações públicas ou serviços de comunicações electrónicas acessíveis ao público é objecto de *contrato*.

Do contrato devem constar *obrigatoriamente*, de forma clara, exaustiva e facilmente acessível, os seguintes elementos:

- a) a identidade e o endereço do fornecedor;
- b) os serviços fornecidos, os respectivos níveis de qualidade mínima, designadamente o tempo necessário para a ligação inicial, bem como os níveis para os demais parâmetros de qualidade de serviço que sejam fixados nos termos da lei;

c) restrições impostas à utilização de equipamentos terminais fornecidos, eventuais limitações no acesso e à utilização de serviços, bem como medidas implementadas para condicionar o tráfego de modo a evitar esgotar ou ultrapassar a capacidade contratada, indicando, neste caso, o modo como esses procedimentos se poderão repercutir na qualidade do serviço;

d) informação sobre a disponibilização, ou falta de disponibilização, do acesso aos serviços de emergência e à informação de localização da pessoa que efetua a chamada, bem como sobre a existência de quaisquer limitações à oferta dos serviços de emergência;

e) os tipos de serviços de apoio e manutenção oferecidos, bem como as formas de os contactar;

f) os detalhes dos preços e os meios de obtenção de informações atualizadas sobre todos os preços e encargos de manutenção aplicáveis, bem como as formas de pagamento e eventuais encargos ou penalizações inerentes a cada uma delas;

g) a duração do contrato, as condições de renovação, de suspensão e de cessação dos serviços e do contrato;

h) os sistemas de indenização ou de reembolso dos assinantes, aplicáveis em caso de incumprimento dos níveis de qualidade de serviço previstos no contrato;

i) quando seja o caso, a existência do direito de desistência do contrato, o respectivo prazo (14 dias consecutivos) e o procedimento para o exercício do direito, nos termos da Lei dos Contratos à Distância e Fora de Estabelecimento de 14 de fevereiro de 2014;

j) as condições em que é disponibilizada a facturação detalhada;

l) indicação expressa da vontade do assinante sobre a inclusão ou não dos respectivos elementos pessoais nas listas telefónicas e sua divulgação através dos serviços informativos, envolvendo ou não a sua transmissão a terceiros, nos termos da legislação relativa à protecção de dados pessoais;

m) indicação da possibilidade de inscrição dos dados do assinante na base de dados legalmente prevista;

n) medidas que o fornecedor poderá adotar na sequência de incidentes relativos à segurança ou à integridade da rede ou para reagir a ameaças ou situações de vulnerabilidade;

o) medidas de proteção do assinante contra riscos para a segurança pessoal, para a privacidade e para os dados pessoais.

II

CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO INFORMAÇÃO CLARA, LEGÍVEL, INTELIGÍVEL

Por ‘fidelização’ entende a lei “o período durante o qual o consumidor se compromete a não cancelar um contrato ou a alterar as condições acordadas”.

A informação relativa à duração dos contratos, incluindo as condições da sua renovação e cessação, deve ser clara, perceptível, disponibilizada em suporte duradouro e incluir as seguintes indicações:

a) eventual período de fidelização, cuja existência depende da atribuição de qualquer vantagem ao consumidor, identificada e quantificada, associada à subsídio de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais;

b) eventuais encargos decorrentes da portabilidade dos números e outros identificadores;

c) eventuais encargos decorrentes da cessação antecipada do contrato durante o período de fidelização, por iniciativa do consumidor, nomeadamente em consequência da recuperação de custos associados à subsídio de equipamentos terminais, à instalação e ativação do serviço ou a outras condições promocionais.

III

CONTRATO POR TELEFONE OU OUTRO MEIO DE COMUNICAÇÃO À DISTÂNCIA

Quando o contrato for celebrado por telefone ou através de outro meio de comunicação à distância, a empresa, ou seu representante, deve facultar ao consumidor, antes da celebração do contrato, sob pena de nulidade, todas as informações constantes dos pontos antes enunciados, ficando o consumidor vinculado apenas depois de assinar a proposta contratual ou enviar o seu consentimento escrito ao fornecedor de bens ou prestador de serviços, exceto nos casos em que o primeiro contato telefónico seja efetuado pelo próprio consumidor.

Quando a lei fala desta exceção de forma tão simplista, parece esquecer que o contrato não vale pelo simples fato de haver sido feito o telefonema ou de dele haver um qualquer registo fonográfico, uma gravação.

Nos casos em que a iniciativa do telefonema couber ao consumidor, *o fornecedor deve confirmar a celebração do contrato no prazo de cinco dias contados desse instante e, o mais tardar, no momento da disponibilidade do serviço.*

Para confirmação do contrato basta a entrega ao consumidor das informações pré-contratuais em suporte duradouro, que constituem, afinal, o clausulado, todo o clausulado do contrato. Por conseguinte, não basta o simples telefonema, há outras exigências que a lei aqui parece ignorar...

IV

DENÚNCIA DO CONTRATO PELO CONSUMIDOR

É vedado às empresas opor-se à denúncia dos contratos por iniciativa dos consumidores, com fundamento na existência de um período de fidelização.

É-lhes ainda vedado exigirem quaisquer encargos por incumprimento de um qualquer período de fidelização, se não possuírem prova da manifestação de vontade do consumidor nesse sentido, ou seja, do seu assentimento à fidelização.

V

DURAÇÃO DO PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO

A duração total do período de fidelização nos contratos de comunicações eletrónicas celebrados com consumidores não pode, em princípio, ser superior a 24 meses.

Excepcionalmente, pode estabelecer-se períodos adicionais de fidelização, até ao limite de 24 meses, desde que, cumulativamente:

- a) as alterações contratuais impliquem a atualização de equipamentos ou da infraestrutura tecnológica;
- b) haja *expressa aceitação* por parte do consumidor.

Qualquer suporte duradouro, incluindo gravação telefónica, relacionado com a celebração, alteração ou cessação do contrato de comunicações eletrónicas deve ser conservado pelas empresas pelo período de duração do contrato e disponibilizado à entidade regulatória – a Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações – ou ao consumidor, sempre que o requeiram.

VI

OFERTA ALTERNATIVA DE PERÍODOS DE FIDELIZAÇÃO

As empresas devem oferecer aos consumidores a possibilidade de celebrarem contratos

- desvinculados de eventual tipo de fidelização,
- bem como contratos com
- 6 meses e

– 12 meses de período de fidelização, por cada benefício concedido ao utilizador.

Da oferta devem constar – com a publicidade adequada –

a) nos mesmos suportes em que se veicule a oferta com fidelização, de forma claramente legível, a oferta sem fidelização;

b) caso haja fidelização, e de forma facilmente acessível pelos consumidores, a relação entre custo e benefício associada às diferentes ofertas comerciais, de molde a permitir a comparação da mesma oferta com diferentes períodos de fidelização, sempre que existam.

VII PODERES-DEVERES DA AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES (ANACOM)

A Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações – *pode* solicitar às empresas que demonstrem o valor conferido à vantagem justificativa do período de fidelização identificada e quantificada nos termos precedentemente referidos.

Semprejuízo da existência de períodos de fidelização, iniciais ou posteriores, as empresas não devem estabelecer condições contratuais desproporcionadas ou procedimentos de extinção dos contratos excessivamente onerosos e desincentivadores da mudança de prestador de serviço por parte do assinante, cabendo *in casu* a fiscalização à ANACOM.

VIII ENCARGOS RESULTANTES DA CESSAÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO DURANTE O PERÍODO DE FIDELIZAÇÃO

Durante o período de fidelização, os encargos que pesem sobre o consumidor, decorrentes da extinção do contrato por iniciativa sua, não podem ultrapassar os custos em que o fornecedor incorreu com a instalação da operação, sendo proibida a cobrança de qualquer contrapartida a título indenizatório ou compensatório.

Os encargos pela cessação antecipada do contrato com período de fidelização, por iniciativa do consumidor, devem ser proporcionais à vantagem que lhe foi conferida e, como tal, identificada e quantificada no contrato celebrado, não podendo em consequência corresponder automaticamente à soma do valor das prestações vincendas à data da cessação.

Se houver por parte das empresas operadoras subsídios para os equipamentos terminais, os encargos devem ser calculados nos termos da

legislação aplicável e, nas demais situações, não podem ser superiores ao valor da vantagem conferida que, na proporção do período da duração do contrato fixada, ainda esteja por recuperar pela empresa que presta o serviço, na data em que produz efeitos a sua cessação antecipada.

IX VALORES A CONSIDERAR FIMDOS OS PERÍODOS DE FIDELIZAÇÃO

Findo o período de fidelização e na ausência de acordo relativamente ao estabelecimento de um novo período de fidelização, o valor a fixar como contrapartida pela prestação dos serviços não pode ser superior aos preços normais que pelo mesmo são devidos àquela data, abrangendo, apenas, os encargos relativos ao acesso, utilização e manutenção.

X NOVAS FIDELIZAÇÕES

No decurso do período de fidelização ou no seu termo não pode, em princípio, ser estabelecido novo período de fidelização.

Só poderá ser estabelecido excepcionalmente novo período de fidelização por vontade do consumidor validamente expressa.

A forma a adotar na vertente situação é a exigida para o contrato se a prestação incidir sobre a disponibilidade de novos equipamentos terminais subsidiados pelas empresas ou sobre a oferta de condições promocionais devidamente identificadas e quantificadas.

Em caso algum, podem abranger vantagens cujos custos hajam sido já recuperados em período anterior de fidelização.

XI MODIFICAÇÕES CONTRATUAIS E DIREITO DO CONSUMIDOR DE PÔR TERMO AO CONTRATO

Sempre que a empresa proceda por sua iniciativa à alteração de qualquer das condições do contrato *ab initio* enunciadas, deve comunicar por escrito aos consumidores a proposta de alteração, por forma adequada, com a antecedência mínima de 30 dias.

Do mesmo passo deve em simultâneo informar os consumidores do seu direito de pôr termo ao contrato sem qualquer encargo, caso não aceitem as novas condições, no prazo nele fixado.

É vedado aos consumidores pôr termo ao contrato se as alterações propostas o forem exclusiva e objetivamente em seu benefício.

XII TERMOS DA COMUNICAÇÃO E AVALIAÇÃO DOS CONTRATOS COM SUPORTE EM CONDIÇÕES GERAIS

A Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações – pode especificar os termos em que as empresas procedem a tal comunicação, bem como a forma e o suporte em que se veiculem as informações constantes do ponto II.

As empresas devem depositar na Anacom e na DGC – Direção-Geral do Consumidor um exemplar dos contratos que envolvam, ainda que parcialmente, a adesão a condições gerais de que lancem mão para a oferta de redes e serviços.

Tal depósito deve ser realizado no prazo máximo de dois dias úteis sobre a data em que for iniciada a utilização do contrato de adesão e, sempre que este se destine a substituir um contrato anteriormente utilizado, deve indicar qual o modelo que o contrato depositado visa substituir.

XIII CESSAÇÃO IMEDIATA DE PRÁTICAS E CONTRATOS POR INICIATIVA DA ANACOM

A Anacom – Autoridade Nacional de Comunicações – determina a imediata cessação de práticas e do conteúdo dos contratos adotados pelas empresas de serviços de comunicações eletrónicas acessíveis ao público ou a sua adaptação, quando verifique:

- a) a sua desconformidade com as regras fixadas na legislação cuja aplicação lhe cabe supervisionar ou com qualquer determinação proferida no âmbito das suas competências;
- b) a manifesta desproporcionalidade das práticas e dos contratos face aos serviços disponibilizados no momento da celebração, renovação ou alteração de contratos, nomeadamente quanto aos respectivos prazos de duração.

apDC – associação portuguesa de Direito do Consumo

JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção)
Relator: **C. Toader**

Acórdão Supremo Tribunal de Justiça
Relator: **Orlando Afonso**

EXCERTOS

Do Tribunal de Justiça (21.04.2015)

“Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculam o consumidor e que o contrato continua a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”

“Um devedor é considerado insolvente, na aceção desta última, designadamente quando não possa cumprir as suas obrigações financeiras depois de decorridos 30 dias sobre o seu vencimento”

“As modalidades processuais das ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União não devem ser menos favoráveis do que as que respeitam a ações similares de direito interno”

Do Supremo Tribunal de Justiça (02.06.2015)

“Por produto defeituoso entende-se – não aquele que é inapto para o fim a que se destina – mas que carece de segurança, a legitimamente esperada, decorrente de um defeito de concepção, de fabrico ou de informação”

“O defeito apenas é defeito em sentido propriamente considerado para efeitos de responsabilidade civil do produtor, se o produto for, em concreto, utilizado pelo consumidor/paciente e neste se hajam repercutido as consequências daquele”

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção)

21 de abril de 2016 (*)

“Reenvio prejudicial – Diretiva 93/13/CEE – Artigo 7º – Regras nacionais que regulam o processo de insolvência – Dívidas provenientes de um contrato de crédito ao consumo – Tutela jurisdicional efetiva – Ponto 1, alínea e), do anexo – Caráter desproporcionado do montante da indemnização – Diretiva 2008/48/CE – Artigo 3º, alínea l) – Montante total do crédito – Ponto I do anexo I – Montante do levantamento de crédito – Cálculo da taxa anual de encargos efetiva global – Artigo 10º, n. 2 – Obrigação de informação – Exame oficioso – Sanção”

No processo C-377/14, que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267º TFUE, pelo Krajský soud v Praze (tribunal regional de Praga, República Checa), por decisão de 24 de junho de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 7 de agosto de 2014, no processo

Ernst Georg Radlinger,
Helena Radlingerová
contra
Finway a.s.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Terceira Secção),

composto por: M. Ilešič, presidente da Segunda Secção, exercendo funções de presidente da Terceira Secção, C. Toader (relator), F. Biltgen, E. Jarašiūnas e C. G. Fernlund, juízes, advogado-geral: E. Sharpston,

secretário: M. Aleksejev, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 15 de julho de 2015,

vistas as observações apresentadas:

- em representação de E. Radlinger e H. Radlingerová, por I. Ulč,
 - em representação da Finway a.s., por L. Macek,
 - em representação do Governo checo, por M. Smolek, J. Vlácil e S. Šindelková, na qualidade de agentes,
 - em representação do Governo alemão, por T. Henze e D. Kuon, na qualidade de agentes,
 - em representação do Governo polaco, por B. Majczyna, na qualidade de agente,
 - em representação da Comissão Europeia, por M. van Beek bem como por G. Goddin e K. Walkerová, na qualidade de agentes,
- ouvidas as conclusões da advogada-geral apresentadas na audiência de 19 de novembro de 2015,
profere o presente

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação, por um lado, do artigo 7º, n. 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores (JO L 95, p. 29), e do ponto 1, alínea e), do anexo desta diretiva e, por outro, dos artigos 10º, n. 2, e 22º, n. 2, da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE (JO L 133, p. 66,

e retificações JO 2009, L 207, p. 14, JO 2010, L 199, p. 40, JO 2011, L 234, p. 46 e JO 2015 L 36, p. 15), bem como do ponto I do anexo I desta última diretiva.

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe E. Radlinger e H. Radlingerová (a seguir “casal Radlinger”) à Finway a.s. (a seguir “Finway”) acerca de créditos declarados no âmbito de um processo de insolvência e decorrentes de um contrato de crédito ao consumo.

Quadro jurídico

Direito da União

Diretiva 93/13

3 Nos termos do seu artigo 1º, n. 1, a Diretiva 93/13 tem por objetivo a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas às cláusulas abusivas em contratos celebrados entre profissionais e consumidores.

4 Segundo o artigo 3º, n. 1, desta diretiva, uma cláusula de um contrato celebrado com os consumidores que não tenha sido objeto de negociação individual é considerada abusiva quando, a despeito da exigência de boa-fé, der origem a um desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor, entre os direitos e obrigações das partes decorrentes do contrato. O artigo 3º, n. 3, da referida diretiva indica que “o anexo [desta] contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser consideradas abusivas”. Segundo o ponto 1, alínea e), do referido anexo, figuram nomeadamente, as que têm como objeto ou como efeito “[i]mpor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indemnização

de montante desproporcionalmente elevado”.

5 Nos termos do artigo 4º, n. 1, da Diretiva 93/13:

“Sem prejuízo do artigo 7º, o caráter abusivo de uma cláusula poderá ser avaliado em função da natureza dos bens ou serviços que sejam objeto do contrato e mediante consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração, bem como de todas as outras cláusulas do contrato, ou de outro contrato de que este dependa.”

6 O artigo 6º, n. 1, dessa diretiva tem a seguinte redação:

“Os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respetivos direitos nacionais, as cláusulas abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor por um profissional não vinculam o consumidor e que o contrato continua a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.

7 Nos termos do artigo 7º da referida diretiva:

“1. Os Estados-Membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização de cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

2. Os meios a que se refere o n. 1 incluirão disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos

competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um carácter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas.

[...]"

Diretiva 2008/48

8 Como precisa o seu artigo 1º, a Diretiva 2008/48 visa a harmonização de determinados aspetos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de contratos que regulam o crédito aos consumidores.

9 Segundo o artigo 2º, n. 2, alínea a), dessa diretiva, esta não se aplica, nomeadamente, aos “[c]ontratos de crédito garantidos por hipoteca ou outra garantia equivalente comumente utilizada num Estado-Membro relativa a um bem imóvel ou garantidos por um direito relativo a um bem imóvel”. O considerando 10 da referida diretiva indica que, embora esta defina expressamente o seu âmbito de aplicação, os Estados-Membros podem não obstante aplicar as suas disposições a questões não abrangidas pelo seu âmbito de aplicação.

10 Segundo os seus considerandos 6, 7, 9, 19 e 31, a Diretiva 2008/48 tem por objetivos, nomeadamente, o desenvolvimento de um mercado de crédito mais transparente e mais eficaz no mercado interno, a realização de uma harmonização plena em matéria de crédito ao consumo que garanta a todos os consumidores da União Europeia um nível elevado e equivalente de proteção dos seus interesses, a necessidade de assegurar que os contratos de crédito

contenham toda a informação necessária, apresentada de forma clara e concisa para que o consumidor possa tomar a sua decisão com pleno conhecimento de causa e possa conhecer os seus direitos e obrigações decorrentes do contrato de crédito e a garantia de que o consumidor recebe, antes da celebração do contrato de crédito, as informações adequadas, relativas em especial à taxa anual de encargos efetiva global (a seguir “TAEG) em toda a União, que lhe permita comparar essas taxas.

11 Além disso, o considerando 43 da Diretiva 2008/48 enuncia, em especial, que, apesar da fórmula matemática uniforme para o seu cálculo, a TAEG não é ainda inteiramente comparável em toda a União. Assim, esta diretiva visa definir clara e exaustivamente o custo total de um crédito para o consumidor.

12 O artigo 3º da Diretiva 2008/48, com a epígrafe “Definições”, dispõe:

“Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

g) ‘Custo total do crédito para o consumidor’: todos os custos, incluindo juros, comissões, taxas e encargos de qualquer natureza ligados ao contrato de crédito que o consumidor deve pagar e que são conhecidos do mutuante, com exceção dos custos notariais; os custos decorrentes de serviços acessórios relativos ao contrato de crédito, em especial os prémios de seguro, são igualmente incluídos se, além disso, a celebração do contrato de serviço for obrigatória para a obtenção de todo e qualquer crédito ou para a obtenção do crédito nos termos e condições de mercado;

h) ‘Montante total imputado ao consumidor’: a soma do montante total do crédito e do custo total do crédito para o consumidor;

i) ‘[TAEG]’: o custo total do crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito e, sendo caso disso, acrescido dos custos previstos no n. 2 do artigo 19º;

[...]

l) ‘Montante total do crédito’: o limite máximo ou total dos montantes disponibilizados nos termos de um contrato de crédito;

[...]

13 O artigo 10º da Diretiva 2008/48, relativo às informações a mencionar nos contratos de crédito, exige no seu n. 1, primeiro parágrafo, que os contratos de crédito são estabelecidos em papel ou noutra suporte duradouro. O seu n. 2 enumera os elementos de informação que têm de ser mencionados, de forma clara e concisa, em todos os contratos de crédito. Esta lista inclui, nomeadamente:

[...]

d) o montante total do crédito e as condições de levantamento;

[...]

f) A taxa devedora, as condições aplicáveis a esta taxa e, quando disponíveis, quaisquer índices ou taxas de referência relativos à taxa devedora inicial, bem como os períodos, condições e procedimentos de alteração da taxa devedora; em caso de aplicação de diferentes taxas devedoras em função das circunstâncias, as informações acima referidas sobre todas as taxas aplicáveis;

g) A [TAIEFG] e o montante total imputado ao consumidor, calculados

no momento da celebração do contrato de crédito; devem ser mencionados todos os pressupostos utilizados para calcular esta taxa;

h) O montante, o número e a periodicidade dos pagamentos a efetuar pelo consumidor e, se for caso disso, a ordem pela qual os pagamentos devem ser imputados aos diferentes saldos devedores a que se aplicam taxas devedoras diferenciadas para efeitos de reembolso;

[...]

14 O artigo 19º da Diretiva 2008/48, com a epígrafe “Cálculo da [TAEG]”, prevê, nos nºs 1 e 2:

“1. A [TAEG], que torna equivalentes, numa base anual, os valores atuais do conjunto dos compromissos (levantamentos de crédito, reembolsos e encargos) existentes ou futuros, acordados pelo mutuante e pelo consumidor é calculada de acordo com a fórmula matemática constante da parte I do anexo I.

2. A fim de calcular a [TAEG], determina-se o custo total do crédito para o consumidor, com exceção de quaisquer encargos a suportar pelo consumidor devido ao incumprimento de qualquer uma das suas obrigações decorrentes do contrato de crédito e dos encargos que não se incluam no preço de compra e venda e que, na compra de bens ou de serviços, o consumidor for obrigado a suportar, quer a transação se efetue a pronto quer a crédito.

Os custos relativos à manutenção de uma conta que registre simultaneamente as operações de pagamento e levantamentos, os custos relativos à utilização de um meio de pagamento que permita efetuar ao mesmo tempo ope-

rações de pagamento e levantamentos, bem como outros custos relativos às operações de pagamento, estão incluídos no custo total do crédito ao consumo, exceto se a abertura da conta for facultativa e os custos da conta tiverem sido determinados de forma clara e distinta no contrato de crédito ao consumo ou em qualquer outro contrato celebrado com o consumidor.”

15 O artigo 22º desta diretiva, com a epígrafe “Harmonização e caráter imperativo da presente diretiva”, dispõe no seu n. 2:

“Os Estados-Membros devem assegurar que o consumidor não possa renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força das disposições da legislação nacional que dão cumprimento ou correspondem à presente diretiva.

16 Nos termos do artigo 23º da referida diretiva, com a epígrafe “Sanções”:

“Os Estados-Membros devem determinar o regime das sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais aprovadas em aplicação da presente diretiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação das referidas disposições. As sanções assim previstas devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.”

17 A parte I do anexo I da Diretiva 2008/48 contém, nomeadamente, a seguinte precisão:

“A equação de base, que define a [TAEG], exprime numa base anual a igualdade entre, por um lado, a soma dos valores atuais dos levantamentos de crédito e, por outro, a soma dos valores atuais dos montantes dos reembolsos e dos pagamentos [...]”

Direito checo

Processos de insolvência

18 Decorre dos autos no Tribunal de Justiça que o processo de insolvência é regulado pela Lei n. 182/2006 relativa à insolvência e às suas formas de resolução [zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (insolvenční zákon)], conforme alterada pela Lei n. 185/2013 (a seguir “Lei da insolvência”).

19 Segundo esta lei, um devedor é considerado insolvente, na aceção desta última, designadamente quando não possa cumprir as suas obrigações financeiras depois de decorridos 30 dias sobre o seu vencimento. Um devedor que não tenha a qualidade de profissional pode solicitar ao tribunal competente em matéria de insolvência que a sua situação seja resolvida mediante concordata. A autorização da concordata está subordinada, por um lado, à declaração do juiz de que, com o seu pedido, o devedor não prossegue um interesse desonesto e, por outro, à presunção razoável segundo a qual os credores privilegiados inscritos recuperam, no quadro da concordata, pelo menos 30% dos créditos declarados. Por força do artigo 410º da Lei da insolvência, no contexto deste processo de insolvência, antes de se pronunciar sobre o pedido de concordata, o juiz não pode examinar, oficiosamente nem a pedido do devedor, a validade, o montante ou a graduação dos créditos, mesmo quando estes suscitem questões em relação às Diretivas 93/13 ou 2008/48.

20 O devedor só pode interpor um recurso incidental para impugnar os créditos declarados depois de o juiz da insolvência ter aprovado a concordata

como resolução para a sua situação, estando, todavia, a possibilidade de interpor esse recurso limitada aos créditos executórios que não estão garantidos. Além disso, nesse caso, para justificar a impugnação da autenticidade ou do montante do crédito, o devedor só pode arguir a caducidade ou a prescrição do crédito.

Regulamentação em matéria de proteção dos consumidores

21 A Diretiva 93/13 foi transposta para o direito checo pelos artigos 51a e seguintes da Lei n. 40/1964 que adotou o Código Civil (Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník), na sua versão em vigor até 31 de dezembro de 2013 (a seguir “Código Civil”).

22 Em conformidade com o artigo 56º, n. 1, desse código, os contratos celebrados com consumidores não devem incluir cláusulas que, apesar da exigência da boa-fé, causem um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes, em prejuízo do consumidor. Nos termos do artigo 55º, n. 2, do referido código, as cláusulas desta natureza que figurem nos contratos celebrados com os consumidores são nulas. O artigo 56º, n. 3, do mesmo código contém uma enumeração indicativa de cláusulas abusivas que se inspira no anexo da Diretiva 93/13, mas que não inclui a cláusula prevista no ponto 1, alínea e) desse anexo, que tem como objeto ou como efeito impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indemnização de montante desproporcionalmente elevado.

23 A Diretiva 2008/48 foi transposta para o direito checo pela Lei 145/2010 sobre o crédito ao consumo e que altera determinadas leis na sua

versão inicial (Zákon č. 145/2010 Sb., o spotřebitelském úvěru a o změně některých zákonů, a seguir “Lei sobre o crédito ao consumo”).

24 O artigo 6º, n. 1, desta lei, relativo à obrigação de informação ao consumidor que recai sobre o credor, dispõe:

“1) o contrato de crédito ao consumidor deve ser elaborado por escrito e incluir a informação constante do anexo 3 da presente lei, de forma clara, concisa e visível. O incumprimento desta obrigação de informação ou da forma escrita não implica a invalidade do contrato [...]”

25 Nos termos do artigo 8º da Lei sobre o crédito ao consumo, se o contrato de crédito ao consumo não incluir as menções previstas no artigo 6º, n. 1, da referida lei e se o consumidor invocar essa circunstância contra o credor, considera-se que se venceram juros sobre o crédito ao consumo desde a data da sua concessão, à taxa de desconto aplicável no momento da celebração do referido contrato, conforme publicada pelo Banco Nacional Checo, e que outras disposições relativas às modalidades de pagamento relativos a esse crédito são inválidas.

Litígio no processo principal e questões prejudiciais

26 Em 29 de agosto de 2011, o casal Radlinger celebrou um contrato de crédito ao consumo com a Smart Hypo s.r.o., em virtude do qual lhe foi concedido um empréstimo de 1 170 000 coroas checas (CZK) (cerca de 43 300 euro).

27 Em contrapartida da concessão desse empréstimo, o casal Radlinger

comprometeu-se, em primeiro lugar, a pagar o montante de 2 958 000 CZK (cerca de 109 500 euros) em 120 prestações mensais. Este montante é composto pelo capital, juros sobre o capital à taxa de 10% ao ano durante a toda a duração do crédito, comissões devidas ao credor, no montante de 585 000 CZK (cerca de 21 600 euros), e despesas no montante de 33 000 CZK (cerca de 1 200 euros). A TAEG do crédito ao consumo em causa no processo principal ascendia a 28,9%.

28 O casal Radlinger comprometeu-se também a pagar ao credor, além dos juros de mora previstos na lei, uma penalidade contratual de 0,2% sobre o capital inicial por cada dia ou fração de dia de atraso, uma multa contratual única de 117 000 CZK (cerca de 4 300 euros), no caso de a mora ser superior a um mês, e uma prestação única de 50 000 CZK (cerca de 1 850 euros), a título de indemnização pelas despesas com a cobrança dos montantes em dívida.

29 Por último, o credor reservava-se o direito de exigir de imediato o reembolso integral dos montantes em dívida, caso uma das prestações não fosse paga na totalidade ou em tempo útil, ou caso se viesse a revelar que o seu consentimento tenha sido viciado por omissão dolosa de informações por parte do casal Radlinger.

30 Como decorre da decisão de reenvio, nenhum montante foi efetivamente entregue ao casal Radlinger. Com efeito, o crédito em causa no processo principal foi utilizado para liquidar dívidas anteriores contraídas com um agente judiciário, para pagar as despesas notariais relacionadas com

a inscrição no registo predial da garantia desse crédito, bem como, a favor do mutuante, as despesas correspondentes ao referido crédito, a primeira prestação e uma parte das prestações seguintes.

31 Em 27 de setembro de 2011, a Finway, à qual a Smart Hypo s. r. o. tinha cedido os créditos que detinha sobre o casal Radlinger, reclamou o pagamento imediato e integral da dívida que, então, ascendia a 2 873 751 CZK (cerca de 106 300 euros), pelo facto de não terem sido comunicadas informações essenciais quando da celebração do contrato em causa no processo principal. Com efeito, segundo a Finway, o casal Radlinger tinha omitido o facto de que tinha sido ordenada uma penhora dos seus bens num montante de 4 285 CZK (cerca de 160 euros).

32 Por notificação de 19 de novembro de 2012, esta sociedade instou novamente o casal Radlinger a pagar a dívida, que estimava, na altura, em 3 794 786 CZK (cerca de 140 500 euros), e precisou que o seu crédito tinha passado a ser imediatamente exigível pelo facto de o interessado não ter procedido regularmente e em tempo útil ao reembolso do crédito.

33 Em 5 de fevereiro de 2013, o casal Radlinger apresentou, no Krajský soud v Plzni (Tribunal Regional de Pilsen, República Checa), um pedido de declaração de insolvência e um pedido de concordata com base num pagamento escalonado, dado que não estava em condições de honrar os seus compromissos e já se verificava um atraso nos pagamentos superior a três meses. Este pedido foi remetido ao Krajský

soud v Praze (Tribunal Regional de Praga, República Checa), tribunal territorialmente competente para conhecer do referido pedido. Por despacho de 26 de abril de 2013, o referido órgão jurisdicional declarou a insolvência do casal Radlinger, designou um administrador da insolvência e instou os credores a reclamarem os seus créditos num prazo de 30 dias.

34 Em 23 de maio de 2013, no âmbito do processo de insolvência, a Finway reclamou dois créditos exequíveis, o primeiro, no montante de 3 045 991 CZK (cerca de 112 700 euros), garantido por uma hipoteca, e o segundo, no montante de 1 359 540 CZK (cerca de 50 300 euros), sem garantia e correspondente à penalidade contratual prevista no contrato em causa no processo principal, fixada em 0,2% do capital inicialmente mutuado, por cada dia de atraso, relativamente ao período compreendido entre 23 de setembro de 2011 e 25 de abril de 2013.

35 Em 3 de julho de 2013 o casal Radlinger reconheceu o caráter executivo dos créditos mas impugnou o seu montante, alegando que as cláusulas do contrato em causa no processo principal eram incompatíveis com os bons costumes.

36 Por despacho de 23 de julho de 2013, o órgão jurisdicional de reenvio aprovou a liberação do casal Radlinger, sob a forma de um pagamento escalonado.

37 Em 24 de julho de 2013, o casal Radlinger deduziu um pedido incidental, em que solicitava, na sua qualidade de devedor, que fosse declarada a ilegalidade parcial ou total dos créditos reclamados pela Finway.

38 No que se refere a esse pedido, o referido órgão jurisdicional afirma que, por força da Lei da insolvência, o devedor só pode impugnar os créditos não garantidos, e tal unicamente no âmbito de um pedido incidental baseado na prescrição ou na caducidade da dívida.

39 Uma vez que o contrato em causa no processo principal, no qual se baseiam os créditos reclamados pela Finway, constitui simultaneamente um contrato de crédito ao consumo, na aceção da Diretiva 2008/48, e um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, na aceção da Diretiva 93/13, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se sobre se as obrigações que decorrem das disposições desta última diretiva se impõem também ao juiz da insolvência chamado a pronunciar-se sobre a impugnação de créditos resultantes de um contrato de crédito.

40 O referido órgão jurisdicional tem também dúvidas acerca da legalidade da TAEG tal como figura no contrato em causa no processo principal. A este respeito, pergunta-se quais foram as quantias incluídas pelo mutuante no montante de levantamento de crédito, na aceção do ponto I do anexo I da Diretiva 2008/48, para efeitos do cálculo da TAEG, tendo em conta o facto de que os custos correspondentes a esse crédito e as duas primeiras prestações foram imediatamente deduzidos do montante do referido crédito.

41 Por último, interroga-se sobre a forma de como se devem examinar, à luz das exigências da Diretiva 93/13, as cláusulas de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor, como o que está em causa no

processo principal, que prevê que, em caso de mora no pagamento, o credor poderá exigir ao devedor o reembolso imediato da totalidade do crédito em causa, incluindo os juros e remunerações futuras do credor, o pagamento de uma penalidade contratual de 0,2% sobre o capital por cada dia de atraso bem como, no caso de a mora ser superior a um mês, o pagamento de uma sanção contratual fixa de 117 000 CZK (cerca de 4 300 euros).

42 Por considerar que a resolução do litígio depende da interpretação das disposições acima referidas do direito da União, o *Krajský soud v Praze* (Tribunal Regional de Praga) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

“1) O artigo 7º, n. 1, da Diretiva 93/13 e o artigo 22º, n. 2, da Diretiva 2008/48 ou quaisquer outras disposições da legislação da União Europeia em matéria de proteção dos consumidores opõem-se:

– à concessão da [Lei da insolvência], que só permite que o tribunal aprecie a autenticidade, o montante ou a graduação dos créditos decorrentes de relações de consumo se tiver sido deduzido um incidente processual para o efeito pelo administrador da insolvência, por um credor ou (com as restrições acima referidas) pelo devedor (consumidor),

– as disposições que, no contexto da legislação nacional que regula o processo de insolvência, restrinjam o direito que assiste ao devedor (consumidor) de requerer a fiscalização, pelo tribunal, dos créditos declarados de credores (fornecedores de bens ou

prestadores de serviços) unicamente aos casos em que a situação de insolvência do consumidor é resolvida mediante uma concordata e, neste contexto, unicamente para os créditos não garantidos, além de que, no caso dos créditos cuja exequibilidade foi reconhecida por decisão da autoridade competente, o devedor só pode impugnar o crédito em causa arguindo a sua caducidade ou prescrição, conforme previsto nas disposições do artigo 192º, n. 3, e do artigo 410º, n.ºs 2 e 3, da Lei da insolvência?

2) Em caso de resposta afirmativa à [primeira questão], o tribunal, num processo de apreciação de créditos reclamados ao abrigo de um contrato de crédito ao consumidor

a) [está] obrigado a considerar *ex officio*, mesmo na falta de oposição por parte do consumidor, o incumprimento, pelo mutuante, dos deveres de informação previstos no artigo 10º, n. 2, da [Diretiva 2008/48],

b) e a extrair daí a consequência, prevista na legislação nacional [que se traduz] na invalidade das cláusulas contratuais?

Em caso de resposta afirmativa à [primeira] ou à [segunda] questão:

3) As disposições das diretivas acima [referidas] têm efeito direto, e obsta à sua aplicação direta o facto de a abertura, *ex officio*, pelo tribunal, de um incidente processual (ou, do ponto de vista da legislação nacional, a fiscalização indevida de um crédito, com base na impugnação ineficaz deste pelo devedor-consumidor) constituir uma interferência na relação horizontal entre o consumidor e o fornecedor de bens ou prestador de serviços?

4) Que montante corresponde ao “montante total do crédito”, na aceção artigo 10º, n. 2, alínea d), da [Diretiva 2008/48], e que montantes são incluídos como “os montantes de levantamento de crédito”, no cálculo da [...] (TAEG), de acordo com a fórmula constante do anexo I da [Diretiva 2008/48], quando o contrato de crédito garante formalmente o pagamento de determinados montantes, mas simultaneamente é acordado que, no momento do reembolso do crédito, serão compensados com esses montantes, em determinada medida, os créditos do mutuante a título de comissão de abertura do crédito e da primeira prestação do respetivo reembolso (ou prestações subsequentes), de modo que as quantias resultantes desta compensação na realidade nunca são pagas ao consumidor, ou na sua conta, e permanecem à disposição do credor? A inclusão dessas quantias, que na realidade não são pagas, afeta o valor calculado para a TAEG?

Independentemente da resposta às questões anteriores:

5) [Para] apreciar se a compensação acordada, acima referida, é ou não desproporcionada, na aceção do ponto 1, alínea e) do anexo da [Diretiva 93/13], é necessário avaliar o efeito cumulativo de todas as penalizações acordadas, independentemente de o credor efetivamente insistir que estas devam ser satisfeitas na íntegra, e ainda independentemente de se poder considerar, do ponto de vista da legislação nacional, que algumas delas não foram validamente estipuladas, ou só é necessário considerar o montante total das penalizações efetivamente reclamadas e passíveis de ser reclamadas?

6) No caso de as penalidades contratuais serem consideradas abusivas, há que [excluir a aplicação de] cada uma das penalizações parciais que, só quando consideradas conjuntamente levaram o tribunal a concluir que a compensação era desproporcionada, na aceção do ponto 1, alínea e) do anexo da [Diretiva 93/13], ou apenas de [...] algumas delas (e, nesse caso, em função de que critérios)?

Quanto às questões prejudiciais

Quanto à primeira questão

43 Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se os artigos 7º, n. 1, da Diretiva 93/13 e 22º, n. 2, da Diretiva 2008/48 devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que não permite, num processo de insolvência, por um lado, que o órgão jurisdicional chamado a pronunciar-se aprecie oficiosamente o carácter eventualmente abusivo de cláusulas contratuais na origem de créditos reclamados no âmbito do referido processo e, que, por outro, só autoriza esse órgão jurisdicional a proceder ao exame dos créditos não garantidos, e isso unicamente por motivos limitados baseados na sua prescrição ou caducidade.

44 Segundo o artigo 22º, n. 2, da Diretiva 2008/48, os Estados-Membros têm obrigação de assegurar que o consumidor não possa renunciar aos direitos que lhe são conferidos por força das disposições da legislação nacional que dão cumprimento ou correspondem à referida diretiva. Ora, não resulta da decisão de reenvio que o casal Radlin-

ger tenha renunciado aos direitos que lhe são conferidos pelas disposições do direito nacional checo que dão cumprimento à referida diretiva. Daqui resulta, como afirmou a advogada-geral no n. 40 das suas conclusões, que esta disposição não é pertinente para responder à primeira questão.

45 O artigo 7º, n. 1, da Diretiva 93/13 obriga os Estados-Membros a providenciarem para que, no interesse dos consumidores, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional.

46 Entre esses meios devem figurar disposições que permitam garantir aos consumidores uma tutela jurisdicional efetiva, dando-lhes a possibilidade de impugnar judicialmente o contrato controvertido, incluindo, no âmbito de um processo de insolvência, e isto, em condições processuais razoáveis, de modo que o exercício dos seus direitos não esteja sujeito a condições, nomeadamente de prazos e de custos, que tornem excessivamente difícil ou impossível na prática exercer os direitos garantidos pela Diretiva 93/13 (v., neste sentido, acórdão de 1 de outubro de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, n. 59).

47 No caso em apreço, a primeira questão submetida diz respeito à organização dos processos de insolvência no contexto de um litígio em que o devedor-consumidor impugna a autenticidade dos créditos reclamados.

48 Em conformidade com a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, não existindo regulamentação da União na matéria, cabe à ordem ju-

rídica interna de cada Estado-Membro, por força do princípio da autonomia processual, designar os órgãos jurisdicionais competentes e definir as modalidades processuais das ações destinadas a garantir a plena salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União. A esse título, as modalidades processuais das ações destinadas a garantir a salvaguarda dos direitos conferidos aos cidadãos pelo direito da União não devem ser menos favoráveis do que as que respeitam a ações similares de direito interno (princípio da equivalência) e não devem tornar impossível ou excessivamente difícil, na prática, o exercício dos direitos conferidos pela ordem jurídica da União (princípio da efetividade) (v., neste sentido, acórdão de 12 de fevereiro de 2015, Baczó e Vizsnyiczai, C-567/13, EU:C:2015:88, nºs 41 e 42 e jurisprudência aí referida).

49 No que se refere ao princípio da equivalência, e tal como sublinhou a advogada-geral no n. 32 das suas conclusões, há que observar que o Tribunal de Justiça não dispõe de quaisquer informações que lhe suscitem dúvidas quanto à conformidade da legislação em causa no processo principal com esse princípio.

50 No que respeita ao princípio da efetividade, cada caso em que se coloque a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito da União, deve ser analisado tendo em conta o lugar que essa disposição ocupa no processo, visto como um todo, a tramitação deste e as suas particularidades, perante as várias instâncias nacionais. Não obstante, as

características específicas dos processos não podem constituir um elemento suscetível de afetar a proteção jurídica de que os consumidores devem beneficiar ao abrigo das disposições da Diretiva 93/13 (v., neste sentido, acórdão de 10 de setembro de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, n^{os} 52 e 53 e jurisprudência aí referida).

51 No caso em apreço, a primeira questão, alínea a), versa sobre a compatibilidade com o artigo 7^o, n. 1, da Diretiva 93/13 de um regime processual nacional, como o descrito nos n^{os} 19 e 20 do presente acórdão, que não permite ao tribunal chamado a pronunciar-se sobre um processo de insolvência examinar oficiosamente o caráter eventualmente abusivo das cláusulas contratuais de que decorrem os créditos reclamados no âmbito desse processo.

52 A este respeito, há que recordar que segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, o tribunal nacional deve apreciar oficiosamente o caráter abusivo de uma cláusula contratual abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 93/13 e, deste modo, suprir o desequilíbrio que existe entre o consumidor e o profissional, desde que disponha dos elementos jurídicos e de facto necessários para esse efeito (acórdão de 1 de outubro de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, n. 41 e jurisprudência aí referida).

53 Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou que, a fim de assegurar a proteção prosseguida pela referida diretiva, a situação de desequilíbrio em detrimento do consumidor só pode ser compensada com uma intervenção positiva, externa às partes no contrato, do

juiz nacional chamado a pronunciar-se sobre esses litígios (v., neste sentido, acórdão de 27 de fevereiro de 2014, Pohotovost', C-470/12, EU:C:2014:101, n. 40 e jurisprudência aí referida).

54 Assim, o artigo 7^o, n. 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que, num processo de insolvência não permite ao órgão jurisdicional competente examinar oficiosamente o caráter eventualmente abusivo das cláusulas contratuais de que decorrem os créditos reclamados no âmbito do referido processo, mesmo quando o esse órgão jurisdicional dispõe dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito.

55 No que se refere à primeira questão, alínea b), resulta das conclusões do órgão jurisdicional de reenvio que a legislação nacional em causa no processo principal não permite impugnar todos os créditos decorrentes do contrato de crédito suscetível de conter cláusulas abusivas, mas apenas os não garantidos, e isso unicamente por motivos baseados na sua prescrição ou caducidade.

56 Ora, como sublinha a jurisprudência referida no n. 46 do presente acórdão, o direito à tutela jurisdicional efetiva implica que o consumidor possa impugnar perante um tribunal nacional a autenticidade dos créditos decorrentes de um contrato de crédito que contenha cláusulas suscetíveis de serem declaradas abusivas, independentemente de estarem ou não garantidos.

57 Por outro lado, embora resulte da decisão de reenvio que a legislação nacional em causa no processo princi-

pal só autoriza o devedor, que pretende impugnar um crédito não garantido, a invocar a prescrição ou a caducidade desse crédito, há que recordar que a fixação de um limite ao poder do juiz nacional de, oficiosamente, afastar cláusulas abusivas é suscetível de prejudicar a eficácia da proteção pretendida pelos artigos 6º e 7º da Diretiva 93/13 (v., por analogia, acórdão de 21 de novembro de 2002, Cofidis, C-473/00, EU:C:2002:705, n. 35).

58 Consequentemente, uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, não cumpre as exigências decorrentes do artigo 7º, n. 1, da Diretiva 93/13 ao permitir apenas a impugnação de alguns créditos resultantes de um contrato celebrado com consumidores que inclui cláusulas suscetíveis de serem declaradas abusivas, e permitindo-o apenas por motivos baseados na sua prescrição ou caducidade.

59 Tendo em conta as considerações que precedem, há que responder à primeira questão que o artigo 7º, n. 1, da Diretiva 93/13 deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que, num processo de insolvência, por um lado, não permite ao órgão jurisdicional nacional competente examinar oficiosamente o carácter eventualmente abusivo de cláusulas contratuais na origem de créditos reclamados no âmbito do referido processo, mesmo quando esse órgão jurisdicional disponha dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito, e que, por outro lado, só autoriza o referido órgão jurisdicional a proceder ao exame de crédito

tos não garantidos, e isso, apenas por motivos limitados à sua prescrição ou caducidade.

Quanto à segunda questão

60 Com a sua segunda questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que impõe a um órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se sobre um litígio relativo a créditos resultantes de um contrato de crédito na aceção da referida diretiva, examinar oficiosamente o cumprimento da obrigação de informação prevista na referida disposição e extrair todas as consequências que, segundo o direito nacional, decorrem do incumprimento dessa obrigação.

61 A título preliminar, importa sublinhar que a obrigação de informação enunciada no artigo 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48, contribui, como as previstas nos artigos 5º e 8º da referida diretiva, para a realização do objetivo prosseguido por esta última, que consiste, como resulta dos seus considerandos 7 e 9, em prever, em matéria de crédito aos consumidores, uma harmonização plena e imperativa em determinados domínios essenciais, que é considerada necessária para garantir que todos os consumidores da União beneficiam de um nível elevado e equivalente de defesa dos seus interesses e para facilitar o surgimento de um mercado interno que funcione corretamente em matéria de crédito ao consumo (v., por analogia, acórdão de 18 de dezembro de 2014, CA Consumer Finance, C-449/13, EU:C:2014:2464, n. 21 e jurisprudência aí referida).

62 No que se refere à segunda questão, alínea a), há que observar que o Tribunal de Justiça recordou muitas vezes a obrigação que incumbe ao tribunal nacional de proceder oficiosamente ao exame da violação de certas disposições do direito da União em matéria de consumo [v., neste sentido, no que se refere à Diretiva 93/13, acórdão de 4 de junho de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, n. 32; no que se refere à Diretiva 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 (JO L 372, p. 31, EE 15, F6, p. 131), acórdão de 17 de dezembro de 2009, Martín Martín, C-227/08, EU:C:2009:792, n. 29; e, no que se refere à Diretiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de maio de 1999, relativa a certos aspetos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas (JO L 171, p. 12), acórdão de 3 de outubro de 2013, Duarte Hueros, C-32/12, EU:C:2013:637, n. 39].

63 Como salientou a advogada-geral nos n.ºs 51 e seguintes das suas conclusões, essa exigência justifica-se pelo facto de o sistema de proteção assentar, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, na ideia de que o consumidor se encontra numa situação de inferioridade relativamente ao profissional, no que respeita quer ao poder de negociação, quer ao nível de informação, situação que o leva a aderir às condições redigidas previamente pelo profissional, sem poder influenciar o respetivo conteúdo (acórdão de 1 de outubro de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14,

EU:C:2015:637, n. 39 e jurisprudência aí referida).

64 A este respeito, a informação prévia e simultânea à celebração do contrato, relativa às condições contratuais e às consequências da referida celebração, é de importância fundamental para um consumidor. É, nomeadamente, com base nesta informação que este último decide se deseja vincular-se às condições previamente redigidas pelo profissional (v., neste sentido, acórdão de 16 de janeiro de 2014, Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, n. 25 e jurisprudência aí referida).

65 Por outro lado, existe um risco não despreciando de que, designadamente por ignorância, o consumidor não invoque a regra de direito destinada a protegê-lo (acórdão de 4 de junho de 2015, Faber, C-497/13, EU:C:2015:357, n. 42 e jurisprudência aí referida).

66 Daí decorre que não se poderia atingir uma proteção efetiva do consumidor se o tribunal nacional não estivesse obrigado a apreciar oficiosamente o cumprimento das exigências decorrentes das normas da União em matéria de direito do consumo (v., por analogia, acórdão de 4 de outubro de 2007, Rampion e Godard, C-429/05, EU:C:2007:575, n.ºs 61 e 65).

67 Com efeito, como recordado no n. 53 do presente acórdão, para assegurar a proteção prosseguida por esta diretiva, a situação de desequilíbrio do consumidor relativamente ao profissional só pode ser compensada com uma intervenção positiva, exterior às partes no contrato, do tribunal chamado a pronunciar-se sobre esses litígios.

68 Por outro lado, o exame oficioso pelo tribunal nacional do cum-

primento das exigências decorrentes da Diretiva 2008/48 constitui um meio adequado para atingir o resultado fixado no artigo 10º, n. 2, dessa diretiva e contribuir para a realização dos objetivos previstos nos considerandos 31 e 43 (v., por analogia, acórdão de 16 de novembro de 2010, *Pohotovost*, C-76/10, EU:C:2010:685, n. 41 e jurisprudência aí referida).

69 Em especial, segundo o artigo 23º da Diretiva 2008/48 as sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais aprovadas em aplicação dessa diretiva devem ter um caráter dissuasivo. Ora, é evidente que o exame oficioso pelos órgãos jurisdicionais nacionais do cumprimento das exigências desta diretiva reveste essa natureza.

70 Uma vez que o tribunal nacional deve assegurar o efeito útil da proteção dos consumidores pretendida pelas disposições da Diretiva 2008/48, o papel que o direito da União assim lhe atribui no domínio em causa não se limita à simples faculdade de se pronunciar sobre o incumprimento das referidas exigências, abrangendo também a obrigação de examinar oficiosamente essa questão, desde que disponha dos elementos de direito e de facto necessários para o efeito (v., por analogia, acórdão de 4 de junho de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, n. 32).

71 Além disso, quando o tribunal nacional reconheceu oficiosamente uma violação do artigo 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48, está obrigado, sem esperar que o consumidor apresente um pedido para o efeito, a tirar todas as consequências daí resultantes nos termos do direito nacional, sem prejuízo

do respeito pelo princípio do contraditório (v., por analogia, acórdãos de 21 de fevereiro de 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, EU:C:2013:88, n. 36, e de 1 de outubro de 2015, *ERSTE Bank Hungary*, C-32/14, EU:C:2015:637, n. 42).

72 Neste contexto, cabe também recordar que decorre do artigo 23º da Diretiva 2008/48 que os Estados-Membros devem determinar o regime das sanções aplicáveis à violação das disposições nacionais aprovadas em aplicação dessa diretiva e tomar todas as medidas necessárias para assegurar a aplicação das referidas disposições. Além do seu caráter dissuasivo, essas sanções devem ser efetivas e proporcionadas.

73 A este respeito, uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio declarou a violação da obrigação de informação, deve daí retirar todas as consequências previstas no direito nacional, desde que as sanções instituídas por esse direito cumpram as exigências do artigo 23º da Diretiva 2008/48, conforme interpretadas pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente no acórdão de 27 de março de 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais* (C-565/12, EU:C:2014:190).

74 Tendo em conta as considerações anteriores, há que responder à segunda questão que o artigo 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48 deve ser interpretado no sentido de que impõe a um órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se sobre um litígio relativo aos créditos resultantes de um contrato de crédito na acessão dessa diretiva, examinar oficiosamente o cumprimento da obrigação de informação prevista nessa disposição e de extrair as consequências previstas no direito nacional para o incumprimento dessa obriga-

ção, desde que essas sanções cumpram as exigências do artigo 23º da referida diretiva.

Quanto à terceira questão

75 Com a terceira questão, o órgão jurisdicional de reenvio, depois de ter salientado que o litígio principal se refere a dois particulares, pergunta, em substância, se as disposições pertinentes das Diretivas 93/13 e 2008/48 têm efeito direto.

76 A este respeito, importa recordar que, nos termos do artigo 288º, terceiro parágrafo, TFUE, uma diretiva vincula o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. Assim, uma diretiva não pode, por si mesma, criar obrigações para um particular, nem pode, por conseguinte, ser invocada, enquanto tal, contra ele (acórdão de 24 de janeiro de 2012, Dominguez, C-2012/33, n. 37 e jurisprudência aí referida). Não obstante, a obrigação de um Estado-Membro de adotar todas as medidas necessárias para alcançar o resultado imposto por uma diretiva é uma obrigação coerciva imposta pelo artigo 288º, terceiro parágrafo, TFUE e pela própria diretiva. Esta obrigação de tomar todas as medidas gerais ou especiais impõe-se a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas competências, os órgãos jurisdicionais (acórdão de 24 de junho de 2008, Commune de Mesquer, C-188/07, EU:C:2008:359, n. 83 e jurisprudência aí referida).

77 No caso em apreço, por um lado, a obrigação de proceder ao exa-

me officioso do caráter abusivo de certas cláusulas e da presença das menções obrigatórias de informação num contrato de crédito, constitui uma norma processual que não recai sobre os particulares, mas sobre as autoridades jurisdicionais (v., por analogia, acórdãos de 10 de setembro de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, n. 67 e de 18 de fevereiro de 2016, Finanzmadrid EFC, C-49/14, EU:C:2016:98, n. 35 e jurisprudência aí referida).

78 Por outro lado, como decorre da redação do artigo 23º da Diretiva 2008/48, as autoridades dos Estados-Membros devem garantir, quando da transposição e da execução da referida diretiva, que se apliquem sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

79 Além disso, importa recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, ao aplicar o direito interno, os órgãos jurisdicionais nacionais estão obrigados a interpretá-lo, na medida do possível, à luz do texto e da finalidade da Diretiva 2008/48 para atingir o resultado por ela prosseguido e cumprir assim o disposto no artigo 288º, terceiro parágrafo, TFUE. Esta obrigação de interpretação conforme do direito nacional é inerente ao sistema do Tratado FUE, na medida em que permite aos órgãos jurisdicionais nacionais assegurar, no âmbito das suas competências, a plena eficácia do direito da União quando decidem dos litígios que lhes são submetidos (v., por analogia, acórdão de 24 de janeiro de 2012, Dominguez, C-10/33, n. 24 e jurisprudência aí referida).

80 Assim, não há que responder à terceira questão.

Quanto à quarta questão

81 Com a sua quarta questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, de que forma devem ser interpretados os conceitos de “montante total do crédito” e de “montante do levantamento de crédito”, que figuram, o primeiro, nos artigos 3º, alínea l) e 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48 e o segundo, no seu ponto I do anexo I.

82 O referido órgão jurisdicional salienta, com efeito, que o contrato em causa no processo principal, mediante o qual o mutuante se comprometeu a conceder um crédito ao casal Radlinger estipulava que, depois da concessão do crédito, seriam deduzidos do montante total do referido crédito, as despesas relativas à abertura do crédito e a primeira prestação bem como, se for caso disso, as prestações seguintes. Assim, coloca-se também a questão de saber, em especial, se a parte desse crédito que não foi posta à disposição dos interessados podia incluir-se no montante do levantamento de crédito, na aceção do ponto I do anexo I da Diretiva 2008/48, para o cálculo da TAEG.

83 A este respeito, cabe recordar que o montante total do crédito, na aceção da Diretiva 2008/48, é definido no seu artigo 3º, alínea l), como o limite máximo ou total dos montantes disponibilizados nos termos de um contrato de crédito.

84 Além disso, segundo o artigo 3º, alínea g), dessa diretiva, o custo total do crédito para o consumidor designa todos os custos que este consumidor deve pagar e que são conhecidos do mutuante. Por último, nos termos do artigo 3º, alínea i), da referida diretiva, a TAEG corresponde ao custo total do

crédito para o consumidor expresso em percentagem anual do montante total do crédito e, sendo caso disso, acrescido dos custos previstos no n. 2 do artigo 19º da mesma diretiva.

85 Dado que o conceito de “[m]ontante total imputado ao consumidor” é definido no artigo 3º, alínea h), da Diretiva 2008/48 como sendo “a soma do montante total do crédito e do custo total do crédito para o consumidor”, daqui resulta que os conceitos de “montante total do crédito” e de “custo total do crédito para o consumidor” excluem-se mutuamente e que, em consequência, o montante total do crédito não pode incluir nenhum dos montantes compreendidos no custo total do crédito para o consumidor.

86 Assim, não se pode incluir no montante total do crédito, na aceção dos artigos 3º, alínea l), e 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48, nenhuma das quantias destinadas a honrar os compromissos assumidos nos termos do crédito em causa, como as despesas administrativas, os juros, as comissões e qualquer outro tipo de despesas que o consumidor tenha de suportar.

87 Deve salientar-se que a inclusão irregular, no montante total do crédito, de quantias do custo total do crédito para o consumidor terá necessariamente por efeito subavaliar a TAEG, dado que o seu cálculo depende do montante total do crédito.

88 Com efeito, o artigo 19º, n. 1, da Diretiva 2008/48 precisa que a TAEG, que torna equivalentes, numa base anual, os valores atuais do conjunto dos compromissos acordados pelo mutuante e pelo consumidor é calculada de acordo com a fórmula matemática

ca constante da parte I do anexo I desta diretiva. Ora, esta dispõe que a equação de base, que define a TAEG, exprime numa base anual a igualdade entre, por um lado, a soma dos valores atualizados dos levantamentos de crédito e, por outro lado, a soma dos valores atualizados dos montantes dos reembolsos e dos pagamentos. Assim, o montante do levantamento de crédito, na aceção da parte I do anexo I da Diretiva 2008/48, corresponde ao montante total do crédito, na aceção do artigo 3º, alínea l), desta diretiva.

89 No caso em apreço, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se uma ou várias das quantias referidas nos n.ºs 27 e 28 do presente acórdão foram irregularmente incluídas no montante total do crédito, na aceção do artigo 3º, alínea l), da Diretiva 2008/48, uma vez que essa circunstância é suscetível de ter influência no cálculo da TAEG e afetar, em consequência, a exatidão das informações que o mutuante devia mencionar no contrato de crédito em causa no processo principal, nos termos do artigo 2º da referida diretiva.

90 Ora, como indicam em substância os considerandos 31 e 43 da Diretiva 2008/48, a informação do consumidor sobre o custo global do crédito, na forma de uma taxa calculada segundo uma fórmula matemática única, reveste uma importância essencial. Com efeito, por um lado, esta informação contribui para a transparência do mercado, pois permite ao consumidor comparar as ofertas de crédito. Por outro lado, permite ao consumidor apreciar o alcance das obrigações que assume (v., neste sentido, acórdão de 4 de março de 2004, Cofinoga, C-264/02,

EU:C:2004:127, n. 26, e despacho de 16 de novembro de 2010, Pohotovost, C-76/10, EU:C:2010:685, n. 70).

91 Face às considerações que antecedem, há que responder à quarta questão que os artigos 3º, alínea l), e 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48 e a parte I do seu anexo I devem ser interpretados no sentido de que o montante total do crédito e o montante do levantamento de crédito designam todos os montantes postos à disposição do consumidor, o que exclui os montantes afetados pelo mutuante ao pagamento das despesas associadas ao crédito em causa e que não são efetivamente pagos a esse consumidor.

Quanto às quinta e sexta questões

92 Com as suas quinta e sexta questões, que devem ser analisadas em conjunto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se as disposições da Diretiva 93/13 devem ser interpretadas no sentido de que, para apreciar o caráter desproporcionalmente elevado, na aceção do ponto 1, alínea e), do seu anexo, do montante da indemnização imposta ao consumidor que não cumpre as suas obrigações, há que avaliar o efeito cumulativo de todas as cláusulas relativas a essa indemnização que figuram no contrato em causa, independentemente de saber se o credor dá efetivamente cumprimento integral a cada uma delas, e que, no que respeita às cláusulas declaradas abusivas, os órgãos jurisdicionais nacionais devem excluir a aplicação de todas essas cláusulas ou apenas algumas delas.

93 Para responder a essas questões importa recordar, em primeiro lugar, que o anexo para o qual remete o ar-

tigo 3º, n. 3, da Diretiva 93/13 contém uma lista indicativa e não exaustiva de cláusulas que podem ser declaradas abusivas, entre as quais figuram, como decorre do ponto 1, alínea e), do referido anexo, as que têm como objetivo ou como efeito “impor ao consumidor que não cumpra as suas obrigações uma indemnização de montante desproporcionalmente elevado”.

94 Na apreciação do caráter eventualmente abusivo de uma cláusula contratual, o artigo 4º da Diretiva 93/13 indica que a resposta deve ser dada em função da natureza dos bens ou serviços objeto do contrato e mediante a consideração de todas as circunstâncias que, no momento em que aquele foi celebrado, rodearam a sua celebração (v., neste sentido, despacho de 16 de novembro de 2010, *Pohotovost*, C-76/10, EU:C:2010:685, n. 59, e acórdão de 9 de julho de 2015, *Bucura*, C-348/14, EU:C:2015:447, n. 48).

95 Assim, como salientou a advogada-geral no n. 74 das suas conclusões, é necessário analisar o efeito cumulativo de todas as cláusulas de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor. Esta apreciação justifica-se dado que as referidas cláusulas são aplicáveis independentemente de saber se o credor lhes dá efetivamente cumprimento integral (v., por analogia, acórdão de 10 de setembro de 2014, *Kušionová*, C-34/13, EU:C:2014:2189, n. 42).

96 Em segundo lugar, há que salientar que, nos termos do artigo 6º, n. 1, primeira parte da frase, da Diretiva 93/13, os Estados-Membros estipularão que, nas condições fixadas pelos respectivos direitos nacionais, as cláusulas

abusivas constantes de um contrato celebrado com um consumidor não vinculem o consumidor. Contudo, o artigo 6º, n. 1, segunda parte da frase, desta diretiva precisa que o referido contrato “continu[a] a vincular as partes nos mesmos termos, se puder subsistir sem as cláusulas abusivas”.

97 O Tribunal de Justiça recordou que os tribunais nacionais estão obrigados apenas a afastar a aplicação de uma cláusula contratual abusiva de modo a que não produza efeitos vinculativos relativamente ao consumidor, mas não estão habilitados a modificar o seu conteúdo. Com efeito, o contrato deve subsistir, em princípio, sem nenhuma modificação a não ser a resultante da supressão das cláusulas abusivas, na medida em que, em conformidade com as regras de direito interno, a subsistência do contrato seja juridicamente possível (acórdão de 21 de janeiro de 2015, *Unicaja Banco e Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, EU:C:2015:21, n. 28 e jurisprudência aí referida).

98 Esta interpretação é corroborada, também, pela finalidade e sistemática geral da Diretiva 93/13. A este propósito, dada a natureza e a importância do interesse público em que assenta a proteção garantida aos consumidores, como resulta do seu artigo 7º, n. 1, esta diretiva impõe aos Estados-Membros que prevejam os meios adequados e eficazes “para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional”. Ora, se fosse possível ao tribunal nacional modificar o conteúdo das cláusulas abusivas que figuram em tais contratos, tal faculdade poderia

afetar a realização do objetivo a longo prazo previsto no artigo 7º da referida diretiva, uma vez que enfraqueceria o efeito dissuasivo exercido sobre os profissionais decorrente da pura e simples não aplicação ao consumidor de tais cláusulas abusivas (acórdão de 30 de maio de 2013, *Asbeek Brusse e de Man Garabito*, C-488/11, EU:C:2013:341, n. 58 e jurisprudência aí referida).

99 Assim, numa situação em que o órgão jurisdicional nacional chega à conclusão de que uma cláusula é abusiva na aceção da Diretiva 93/13, incumbe, então, ao referido órgão jurisdicional extrair todas as consequências daí decorrentes segundo o direito nacional, a fim de se certificar de que esse consumidor não está vinculado por essa cláusula (v., neste sentido, despacho de 16 de novembro de 2010, *Pohotovost*, C-76/10, EU:C:2010:685, n. 62 e jurisprudência aí referida).

100 Daqui decorre que, como observou em substância a advogada-geral nas suas conclusões no n. 75, um órgão jurisdicional que verifica que algumas cláusulas de um contrato celebrado entre um profissional e um consumidor são abusivas, na aceção da Diretiva 93/13, está obrigado a excluir a aplicação de todas essas cláusulas, e não apenas de algumas delas.

101 Tendo em conta o que antecede, há que responder à quinta e sexta questões que as disposições da Diretiva 93/13 devem ser interpretadas no sentido de que, para apreciar o caráter desproporcionalmente elevado, na aceção do ponto 1, alínea e), do seu anexo, do montante da indemnização imposta ao consumidor que não cumpre as suas obrigações, há que avaliar o efeito

cumulativo de todas as cláusulas relativas a essa indemnização que figuram no contrato em causa, independentemente da questão de saber se o credor exige efetivamente o pleno cumprimento de cada uma delas e que, se for caso disso, incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais, nos termos do seu artigo 6º, n. 1, da referida diretiva extrair todas as consequências que decorrem da verificação do caráter abusivo de certas cláusulas, excluindo todas as que foram declaradas abusivas para garantir que o consumidor não está vinculado por elas.

Quanto às despesas

102 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, 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 (Terceira Secção) declara:

1) O artigo 7º, n. 1, da Diretiva 93/13/CEE do Conselho, de 5 de abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, deve ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional, como a que está em causa no processo principal, que, num processo de insolvência, por um lado, não permite ao órgão jurisdicional nacional chamado a pronunciar-se sobre esse processo examinar officiosamente o caráter eventualmente abusivo de cláusulas contratuais na origem de créditos reclamados no âmbito do

referido processo, mesmo quando esse órgão jurisdicional dispõe dos elementos de direito e de facto necessários para esse efeito, e que, por outro lado, só autoriza o referido órgão jurisdicional a proceder ao exame de créditos não garantidos, e isso, apenas por motivos limitados à sua prescrição ou caducidade.

2) O artigo 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de abril de 2008, relativa a contratos de crédito aos consumidores e que revoga a Diretiva 87/102/CEE do Conselho, deve ser interpretado no sentido de que impõe a um órgão jurisdicional nacional, chamado a pronunciar-se sobre um litígio relativo aos créditos resultantes de um contrato de crédito na acessão dessa diretiva, examinar oficiosamente o cumprimento da obrigação de informação prevista nessa disposição e de extrair as consequências previstas no direito nacional para o incumprimento dessa obrigação, desde que essas sanções cumpram as exigências do artigo 23º da referida diretiva.

3) Os artigos 3º, alínea l), e 10º, n. 2, da Diretiva 2008/48 e a parte I do seu anexo I devem ser interpretados no sentido de que o montante total do crédito e o montante do levantamento de crédito designam todos os montan-

tes postos à disposição do consumidor, o que exclui os montantes afetados pelo mutuante ao pagamento das despesas associadas ao crédito em causa e que não são efetivamente pagos a esse consumidor.

4) As disposições da Diretiva 93/13 devem ser interpretadas no sentido de que, para apreciar o caráter desproporcionalmente elevado, na aceção do ponto 1, alínea e), do seu anexo, do montante da indemnização imposta ao consumidor que não cumpre as suas obrigações, há que avaliar o efeito cumulativo de todas as cláusulas relativas a essa indemnização que figuram no contrato em causa, independentemente da questão de saber se o credor exige efetivamente o pleno cumprimento de cada uma delas e que, se for caso disso, incumbe aos órgãos jurisdicionais nacionais, nos termos do seu artigo 6º, n. 1, da referida diretiva extrair todas as consequências que decorrem da verificação do caráter abusivo de certas cláusulas, excluindo todas as que foram declaradas abusivas para garantir que o consumidor não está vinculado por elas.

Assinaturas

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1468402580674&uri=CELEX:62014CJ0377>

ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2213/10.8TVLSB.L1.S1

7ª SECCÃO

Relator: ORLANDO AFONSO

Descritores:

RESPONSABILIDADE DO PRODUTOR
PRODUTO DEFEITUOSO
CONSUMIDOR PRESUNÇÕES LEGAIS

ÓNUS DE ALEGAÇÃO

ÓNUS DA PROVA

DISPOSITIVO MÉDICO

EXAME MÉDICO

Data do Acórdão: 02-06-2016

Meio Processual: REVISTA

Decisão: NEGADA A REVISTA

Área Temática:

DIREITO DO CONSUMO – CONTRATOS DE CONSUMO / OBRIGAÇÕES DE PRODUTOR / RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE PRODUTOS DEFEITUOSOS.

DIREITO CIVIL – RELAÇÕES JURÍDICAS / EXERCÍCIO E TUTELA DE DIREITOS / PROVAS – DIREITO DAS OBRIGAÇÕES / CONTRATOS EM ESPECIAL / COMPRA E VENDA / VENDA DE COISAS DEFEITUOSAS.

Doutrina:

– Calvão da Silva, A Responsabilidade Civil do Produtor, Coleção Teses, Almedina, 1990, 633 e seguintes.

Legislação Nacional:

CÓDIGO CIVIL (CC): – ARTIGOS 342º, N.ºs 1 E 2, 344º, N. 2, 913º.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC): – ARTIGO 674º, N. 3.

D.L. N. 145/2009, DE 17 DE JUNHO: – ARTIGOS 3º, AL. T), 5º, 12º E SS., 49º, 65º E ANEXO I, PARTE IV, 10 A 10.3.

D.L. N. 383/89, DE 06 DE NOVEMBRO, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELO D.L.

N. 131/2001, DE 24 DE ABRIL: – ARTIGOS 1º, 2º, 3º, 4º, 5º.

D.L. N. 67/2003, DE 08 DE ABRIL, ALTERADO PELO D.L. N. 84/2008, DE 21 DE MAIO.

LEI N. 24/96, DE 31 DE JULHO, ALTERADA PELA LEI N. 47/2014, DE 28 DE JULHO.

Legislação Comunitária:

DIRECTIVA N. 85/374/CEE, DO CONSELHO, DE 25 DE JULHO DE 1985.

DIRECTIVA N. 2007/47/CE DE 05 DE SETEMBRO.

Sumário:

I – Os dispositivos médicos são produtos submetidos ao regime jurídico da responsabilidade civil do produtor, aprovado pelo DL n. 383/89, de 06-11, alterado pelo DL n. 131/2002, de 24-04.

II – Por produto defeituoso entende-se – não aquele que é inapto para o fim a que se destina – mas que carece de segurança, a legitimamente esperada, decorrente de um defeito de concepção, de fabrico ou de informação.

III – Porém, se um dispositivo médico for inapto a cumprir com a respectiva finalidade e com isso acarretar riscos para a saúde e/ou integridade física do utilizador, deve ser considerado produto defeituoso para

efeitos de aplicação do regime do DL n. 383/89.

IV – Considera-se produto defeituoso o dispositivo médico com funções de medição, concretamente utilizado por consumidor – um teste para detecção semi-quantitativa do antigénio específico da próstata (PSA), denominado “On call PSA”, com a ref.^a TPS 402 – incapaz de cumprir os requisitos de desempenho, ao tempo de vida em prateleira atribuído de 24 meses, podendo produzir resultados de PSA falsos negativos no limite de detecção ou na proximidade deste e conduzir, por sua vez, a um diagnóstico errado ou a um atraso no diagnóstico do cancro da próstata.

V – Em acção de efectivação de responsabilidade civil do produtor, incumbe ao autor o ónus de alegação e prova do defeito, dano e nexo causal entre o defeito e o dano, nos termos gerais do art. 342º, n. 1, do CC.

VI – Na referida acção, uma vez provado o defeito, caberá ao produtor ilidir a presunção da existência deste ao momento da sua comercialização, mediante a prova da probabilidade ou razoabilidade da sua inexistência nessa data (art. 5º, al. b), do DL 383/89 e art. 342º, n. 2, do CC).

Decisão Texto Integral: Acordam os Juízes no Supremo Tribunal de Justiça:

A) Relatório

I – Pela 12ª Vara Cível do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa corre acção declarativa de condenação, na forma ordinária, em que é autor **AA**, identificado nos autos, e é ré **BB, Inc**, onde pede a condenação desta no pa-

gamento de € 190 000,00, a título de indemnização por danos não patrimoniais, acrescida dos juros de mora que se vencerem, desde a data da citação até integral pagamento.

Alegou, em síntese, que a ré, anteriormente denominada de CC, Inc, em 2007 e 2008, produzia e comercializava um teste para detecção semi-quantitativa do antigénio específico da próstata (PSA), denominado On Call PSA, com a referência TPS 402 e para despiste do seu PSA, o autor efectuou esses testes, na farmácia de Santo António dos Cavaleiros, em várias datas de 2007 e 2008, sendo os resultados sempre negativos, inferiores a 4 ng/ml; em Fevereiro de 2008, através de análise efectuada a amostra de sangue obtida por colheita venosa, foi detectado ao autor um valor de PSA de 8.0; em Abril de 2008, e após biópsia que realizou no Instituto Português de Lisboa DD, EPE, foi-lhe diagnosticado Adenocarcinoma da Próstata; em Junho de 2008, com a idade de 61 anos, foi submetido a uma prostatectomia radical; em Julho de 2008, foi submetido a Junta Médica, no Centro de Saúde de ..., que lhe atribuiu uma incapacidade permanente global de 60%, vindo a sofrer de sistemática e irreversível incontinência urinária, disfunção eréctil definitiva (impotência), permanente irritabilidade, ausência de concentração e auto-estima, tendo-se separado da companheira com quem vivia há mais de 20 anos e afastado dos filhos, restantes familiares e amigos, tudo causado pela deficiência do teste On Call PSA – que não permitiu uma atempada detecção da doença – deficiência essa que veio

a ser reconhecida pela própria ré, em Agosto de 2008, bem como pelo Infarmed que, em Setembro de 2008, através da Circular Informativa n. 145/CD, ordenou a suspensão imediata da comercialização do teste em causa, que, no caso do autor, produziu falsos negativos de nível de PSA, tendo conduzido a diagnóstico errado.

A ré contestou por excepção dilatória de incompetência internacional dos tribunais portugueses para o julgamento da causa; por excepção peremptória de facto impeditivo da responsabilidade objectiva do produtor, dado estarmos perante caso de força maior, alegando, em síntese, que a teoria da causalidade adequada não permite ir tão longe, como o autor pretende, na medida em que os danos alegados resultam do diagnóstico da doença de que padece e não de um alegado defeito nos testes a que se sujeitou e que terão conduzido a um tardio diagnóstico de tal doença, que é caso de força maior, e, finalmente, por impugnação da factualidade alegada na petição inicial, concluindo pela absolvição da instância ou, se assim não se entender, pela absolvição do pedido formulado contra si pelo autor.

O autor replicou, defendendo a competência internacional dos tribunais portugueses para o julgamento da causa, concluindo, no mais, como na petição inicial.

Proferido despacho de convite a aperfeiçoamento (folhas 82), veio o autor apresentar nova petição inicial, ao que a ré respondeu, concluindo, um e outra, como no respectivo articulado inicial.

Realizada a audiência preliminar, foi proferido despacho saneador onde se decidiu pela improcedência da excepção de incompetência internacional, julgando-se competentes os tribunais portugueses para o julgamento da causa; e ainda despacho de condensação factual – folhas 121 a 125 – onde se declarou a matéria assente e se organizou a base instrutória, o que foi objecto de reclamações que, vindo a ser deferidas, deram azo à elaboração de novo despacho de condensação, que consta a folhas 152 a 157.

Procedeu-se a julgamento com observância das formalidades legais, conforme da acta consta, tendo sido proferida sentença a julgar a acção parcialmente procedente e condenando a ré a pagar ao autor, a título de indemnização, por danos não patrimoniais, a quantia de € 85 000,00, acrescida de juros de mora legais civis, desde a data da citação até integral pagamento, absolvendo-a do demais peticionado.

Inconformada com o assim decidido, apelou a ré, tendo o Tribunal da Relação julgado procedente a apelação, revogando a sentença recorrida, com absolvição da ré/apelante do pedido.

Inconformado, recorre o autor de revista e alegou, em conclusão, o seguinte:

(...)

B) No entender do ora Recorrente o Tribunal “a quo” errou na interpretação e aplicação da norma em apreço (o art. 342º, n. 1, do CC) porquanto o teste fabricado pela Recorrida para detectar o antigénio específico da próstata (PSA), denominado “On cal PSA”, foi retirado do mercado pela própria empresa por ser incapaz de cumprir os

requisitos de desempenho do tempo de vida atribuído inicialmente de 24 meses, tendo o Infarmed ordenado a suspensão imediata da comercialização do referido teste.

C) Aplicou erradamente o tribunal “a quo” as regras de ónus da prova entendendo que caberia ao Recorrente a prova do defeito do produto, sendo certo que, quem não ilidiu a referida presunção foi a Recorrida já que a mesma admitiu existirem lotes de produtos com validade inferior à publicitada e garantida pela marca mas nunca logrou demonstrar, que estes não pertenciam aos lotes retirados do mercado por se entenderem inválidos ou defeituosos.

D) O DL 383/89, de 6 de Novembro agora DL n. 131/2001 de 24/04, consagra o carácter objectivo da responsabilidade do produtor consagrando que o lesado já não precisa de demonstrar a existência do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi posto por este em circulação.

Esta existência é presumida por lei, cabendo ao produtor ilidi-la.

E) O artigo 4º do mesmo DL estabelece a noção de produto defeituoso em oposição ao art. 2º/1/b) do DL n. 311/95 que nos confere a noção de produto seguro, não sendo admissível que se entenda que confrontando ambas as noções se possa considerar o produto comercializado pela Recorrida um produto seguro.

F) Conclui nesta senda a Recorrente pela violação também do artigo 487º do Código Civil por não aplicar na sentença recorrida a presunção legal estabelecida pelo normativo legal

supra citado, focando assim erradamente o ónus da prova para o Recorrente quando o deveria fazer para a Recorrida.

G) O folheto informativo do produto comercializado pela Recorrida refere que o nível de PSA no soro de homens saudáveis está entre 0,1 ng/ml e 2,6 ng/ml, o que pode ser elevado em condições malignas como cancro de próstata e em condições benignas como hiperplasia prostática benigna e prostatites, sendo que um nível de PSA de 4 a 10 ng/ml é considerado indeterminado e acima de 10 ng/ml é altamente indicador de cancro. Pacientes com valores de PSA entre 4-10 ng/ml devem fazer análises adicionais de próstata por biopsia. Considerando-se como a ferramenta mais valiosa disponível para o diagnóstico precoce do cancro da próstata.

H) Todos os testes efectuados ao Recorrente lhe atribuíram o que se denomina um quantitativo negativo de PSA, sendo que as análises sanguíneas já apresentavam um resultado positivo, ou seja, de acordo com os testes PSA on Call o Recorrente não padecia de qualquer das enfermidades que o folheto informativo refere, quando na verdade já era vítima de um adenocarcinoma da próstata.

I) Da sentença Recorrida consta a carta do INFARMED que inclusivamente refere que os testes foram efectivamente retirados do mercado por terem sido detectados problemas com a sua estabilidade para diagnóstico, lembrando que a utilização dos testes poderá contribuir para um atraso no referido diagnóstico ou diagnóstico incorrecto de cancro da próstata.

J) Errou o tribunal “a quo” ao não atender ao artigo 4º n. 1 do DL 131/2001 de 24/04 cuja primeira versão é o DL n. 383/89, de 06/1 L porquanto a incapacidade para cumprir o objectivo constante do folheto informativo do produto só se pode traduzir no comprometimento da segurança que seria expectável pelo utilizador pelo que dúvidas não restam que tal como a lei define no dito artigo, trata-se de um produto defeituoso esgotando-se aqui a necessidade de prova do ora Recorrente.

K) A recorrida admitiu que retirou lotes de produto do mercado no entanto nunca se apurou efectivamente qual o lote utilizado nos exames efectuados ao Autor sendo no mínimo anormal que a análise de sangue feita ao Recorrente em Fevereiro de 2008 acusou um nível de PSA de 8,0ng/ml, enquanto os testes de despistagem da Recorrida quer de Maio e quer de Junho de 2008 acusaram sempre um resultado inferior a 4,00ng/ml.

L) Já que é o próprio produto que se garante como forma de detecção, entre outras doenças prostáticas, do cancro da próstata e se na ausência de resultado positivo se supõe que o utilizador recorra de imediato a um médico então de nada serve este produto, não tem um fim visado, o que mais uma vez nos leva à necessidade de aplicar o artigo 4º n. 1 do normativo supra referenciado não cabendo qualquer ónus de prova ao Recorrente.

M) Nesta base de entendimento e porque se trata de um acto sequencial no tempo, jamais se pode olvidar que o Recorrente se deslocou a um médico, mas só posteriormente em virtude da

tranquilidade que lhe ofereceram todos os testes que realizou.

N) O Recorrente ao beneficiar da presunção “jús tantum” não tem que provar os factos conducentes à demonstração do nexu de imputação subjectiva, “ex vi” do n. 1 do artigo 350º do Código Civil, invertendo-se outrossim, o “onus probandi” – n. 1, 1ª parte, do artigo 344º (cf. Prof. Vaz Serra, “Provas”, BMJ, 112-128 e ss.).

O) Também nesta matéria carece de valoração dos normativos legais a decisão e fundamentação do acórdão recorrido porquanto deve apurar a verificação do nexu legal com base nos princípios do artigo 563º do Código Civil.

P) “In Casu” tal convicção foi formulada muito longe da senda do respectivo imperativo legal, pois do depoimento da testemunha EE se retira que toda a valoração de prova ignora por completo a situação que será a mais provável e comum valorando outrossim situações mais anómalas e concretas no âmbito do hipotético e não do verossímil.

Q) E a própria Associação Portuguesa de Urologia que entende que para cada doente atingido pelo cancro da próstata é necessário que se discuta individualmente o tratamento ou tratamentos mais adequados, pois não existe nenhuma terapêutica aplicável a todos os doentes, que na sua maioria a sua evolução é lenta sendo esta a crucial diferença entre este tipo de cancro e os restantes.

R) E também a própria Sociedade Portuguesa de Oncologia que se orgulha de ter conseguido uma detecção precoce em mais casos ao longo

dos anos, que resulta num decréscimo significativo da mortalidade por essa evidência indirecta. O que é normal e expectável é que o cancro detectado precocemente evite terapias mais agressivas, bem como a entende que a detecção precoce é importante.

S) Toda a valoração de prova excluiu a aplicabilidade do artigo 563º do Código Civil por se basear em situações anómalas, excepcionais, não expectáveis, ignorando de todo o resultado provável da detecção precoce e eliminando assim o nexo de causalidade fundamentando-se no improvável.

Nestes termos e nos demais de direito, devem V. Ex.as dar provimento ao presente recurso e, em consequência, condenar os ora recorridos ao pagamento do valor peticionado, pois só assim se fará JUSTIÇA!

Contra-alegou a ré pugnando pela improcedência do recurso.

Tudo visto,
Cumprido decidir.

B) Os Factos:

As instâncias deram como provados os seguintes factos:

1. Em 2007 e 2008, a ré produziu e comercializou um teste para detecção semi-quantitativa do antígeno específico da próstata (PSA), denominado “On Call PSA”, com a refª TPS 402.

2. Em 11.07.2008, o A. foi submetido a junta médica no Centro de Saúde de ... que lhe atribuiu uma incapacidade permanente global de 60% desde Maio de 2008, susceptível de reavaliação ao fim de dez anos.

3. Em 29.08.2008, a ré emitiu a declaração de fls. 23 a 25 aos seus clientes, sob o título “Recolha Urgente

de Dispositivos Médicos”, em que refere:

“...A finalidade da presente carta é informá-lo de que a BB, Incorporated está a lançar uma recolha voluntária dos seguintes produtos:

(...)

TPS-402 Prostate Specific Antigen (PSA)...

(...)

Tenha em atenção que esta recolha se aplica a todos os lotes com uma data de validade a partir de Novembro de 2008.

(...)

Estudos recentes demonstraram que houve uma alteração da estabilidade desde o desenvolvimento inicial do produto. Os resultados dos estudos revelaram que o produto actual é incapaz de cumprir os requisitos de desempenho, ao tempo de vida em prateleira atribuído de 24 meses, o que pode produzir resultados de PSA falsos negativos no limite de detecção ou na proximidade deste. Um resultado da PSA falso negativo pode conduzir a um diagnóstico errado ou a um atraso no diagnóstico do cancro da próstata. Por este motivo, decidimos interromper a utilização destes produtos.”

4. Em 01.09.2008, o Infarmed, através da Circular Informativa n. 145/CD, ordenou a suspensão imediata da comercialização do teste em causa, entre outros, relativamente aos lotes com data limite de utilização de Novembro de 2008 ou posteriores.

5. Para despiste do seu nível de “PSA”, o autor efectuou os testes “OnCall” na Farmácia de Santo António dos Cavaleiros, em 13.01.2007,

09.06.2007, 17.11.2007, 26.01.2008, 03.05.2008 e 03.06.2008.

6. Os resultados desses testes foram sempre inferiores a 4 ng/ml.

7. Os testes foram realizados por diferentes operadores (alterado pela Relação).

8. (...) – eliminado pela Relação.

9. (...) eliminado pela Relação.

10. O A., e a entidade que aplicou o teste, estavam convencidos de que os resultados eram correctos.

11. Em Fevereiro de 2008, através de análise efectuada a amostra de sangue obtida por colheita venosa, foi detectado ao A. um valor de PSA de 8.0.

12. Em 21.04.2008, o A. foi submetido a uma biopsia realizada no Instituto Português de Oncologia DD que lhe diagnosticou “adenocarcinoma da próstata”.

13. Em 11.06.2008, com a idade de 61 anos, o A. foi submetido a uma prostatectomia radical.

14. Se os resultados dos testes tivessem acusado valores superiores a 4 ng/ml, o autor teria recorrido de imediato a outros meios de diagnóstico.

15. (...) eliminado pela Relação.

16. O autor realizava os testes de diagnóstico do nível de PSA várias vezes por ano, devido ao factor de risco próprio da sua idade e porque se preocupava com a despistagem do mesmo.

17. Na sequência da prostatectomia radical a que foi submetido, o A. passou a sofrer de disfunção erétil definitiva.

18. O que origina amargura, angústia e sofrimento ao A.

19. O autor vivia maritalmente com uma companheira há mais de 20 anos.

20. Em virtude da situação descrita em 17º, o casal deixou de manter relações sexuais de cópula completa.

21. O A. afastou-se ainda dos restantes familiares e dos amigos devido ao constrangimento provocado pela situação.

22. O estado de espírito do A. é por isso quase sempre de irritação, com ausência de concentração e falta de auto-estima.

23. (...) eliminado pela Relação.

24. O risco de eventual metastização da doença origina enorme angústia ao A. (alterado pela Relação).

25. O autor é ainda obrigado a realizar testes de prevenção do PSA, de forma sistemática.

26. Os testes PSA são um meio complementar de diagnóstico.

27. Os seus resultados devem ser analisados e interpretados exclusivamente por médicos e contextualizados com as demais informações clínicas por estes obtidas.

28. O autor deveria, em face da sua idade, recorrer a um acompanhamento regular, no âmbito do qual se procedesse à realização dos exames médicos de despistagem da patologia em causa, e isto independentemente da possível realização, em paralelo, dos testes rápidos de PSA.

29. A fixação do próprio limite do valor “normal” do PSA é discutível, e variável de indivíduos para indivíduos, havendo designadamente indivíduos “normais”, isto é, sem patologia detectável, que têm valores diferentes de outros nas mesmas circunstâncias.

30. Em termos de patologia, valores abaixo de 4 ng/ml não excluem patologia benigna ou maligna, valores

entre 4 e 10 ng/ml sugerem, mas não afirmam, patologia benigna ou maligna, e em valores acima de 10 ng/ml a probabilidade de patologia é já muito significativa.

31. Apenas a biopsia, quando positiva, faz o diagnóstico de carcinoma da próstata.

32. Competindo ao médico, nomeadamente urologista, prescrever a realização da mesma, não apenas perante uma situação de suspeição de malignidade devido a um determinado valor de PSA, mas também em face de outras avaliações (exame digital rectal da próstata, vulgo toque rectal, ecografia, etc).

33. Exames a que os indivíduos do sexo masculino a partir dos 50 anos de idade se deverão submeter, como medida preventiva, com a frequência anual.

C) O Direito:

As conclusões recursivas têm uma função delimitadora das questões a decidir. No vertente caso, feito o enquadramento na presente acção de efectivação de responsabilidade civil do produtor (a ré fabricante), são duas:

Se o acórdão recorrido errou na interpretação e aplicação das regras de distribuição do ónus da prova, ao atribuir ao lesado o ónus de provar o defeito do produto, quando, nos termos do art. 342º, n. 1, do CC e do art. 4º, n. 1, do DL n. 383/89, de 06 de Novembro, se trata de defeito (falta de segurança do produto) no domínio da organização e risco do produtor, no momento em que o produto foi posto em circulação, existência que é presumida por lei, cabendo ao produtor (no caso,

a ré fabricante) a respectiva ilisão, convencendo o Tribunal da probabilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação (art. 5º, al. b), do DL n. 383/89), isto é, incumbindo à recorrida a prova de que os falsos negativos dos testes feitos ao recorrente não pertenciam aos lotes retirados do mercado por se entenderem inválidos ou defeituosos;

Se o tribunal recorrido não usou do juízo de adequação na decisão proferida quanto à inverificação do nexo de causalidade, pressuposto da responsabilidade civil, considerado à luz da teoria da causalidade adequada.

Ao STJ compete fundamentalmente apreciar da justeza da aplicação do direito e só pode conhecer de matéria de facto desde que haja ofensa expressa da lei que exija prova vinculada ou que estabeleça o valor de determinado meio probatório (art. 674º, n. 3, do CPC). A fixação da matéria de facto é da competência das instâncias, cabendo à Relação a sua fixação definitiva.

É, pois, vedado ao Supremo exercer qualquer censura à matéria de facto, proceder ao reexame das provas ou retirar das produzidas ilações fácticas diferentes, sendo lícito aos tribunais de instância tirarem conclusões da matéria de facto dada como provada desde que sem a alterarem se limitem a desenvolvê-la. Essas conclusões continuam a constituir matéria de facto alheia à competência do STJ.

No caso, o recorrente não invoca nenhum dos fundamentos legais que permitiriam ao STJ conhecer da matéria de facto, pelo que as questões de

direito colocadas no presente recurso deverão ser decididas tendo por base a factualidade dada como assente pelas instâncias.

O caso enquadra-se juridicamente no instituto da responsabilidade civil do produtor, conforme pretensão formulada pelo autor, aceite pela ré, acolhido pelas instâncias e entendido por este Supremo como adequado.

Esta é uma conclusão para manter, ainda que se aquilate de eventual especificidade do regime jurídico aplicável, tendo em consideração a natureza do produto objecto da discordância – um teste para detecção semi-quantitativa do antigénio específico da próstata (PSA), denominado “On Call PSA”, com a ref^a TPS 402.

Na realidade, o teste em causa – cuja finalidade é a detecção de substância indicadora de cancro da próstata, sem prejuízo do recurso a meios complementares de diagnóstico – enquadra-se no conceito de “dispositivo médico”, na noção legal do Decreto-Lei n. 145/2009, de 17 de Junho, que estabelece as regras a que devem obedecer a investigação, o fabrico, a comercialização, a entrada em serviço, a vigilância e a publicidade dos dispositivos médicos e respectivos acessórios e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n. 2007/47/CE de 05 de Setembro.

Para efeitos do referido diploma, entende-se por “dispositivo médico” qualquer instrumento, aparelho, equipamento, *software*, material ou artigo utilizado isoladamente ou em combinação, destinado a finalidades médicas – de diagnóstico, prevenção, controlo, tratamento ou atenuação de

uma doença – não realizáveis através de meios farmacológicos, imunológicos ou metabólicos (art. 3º, al. t)). Tratar-se-á de dispositivo “com função de medição”, destinado a medir quantitativamente “um parâmetro anatómico ou fisiológico ou uma quantidade ou característica qualificável de energia ou de uma substância administrada ou removida do corpo humano”, “com precisão e exactidão”, visto que a existência de “problemas na fiabilidade da medição têm impacto no diagnóstico, monitorização ou terapêutica do doente” (segundo a MEDDEV 2.1/5, de Junho de 1998, da Comissão Europeia), cuja concepção e fabrico devem respeitar os requisitos previstos no Anexo I, Parte IV, 10 a 10.3 do DL n. 145/2009.

De acordo com o art. 5º do DL 145/2009, a entrada dos dispositivos no mercado só é permitida mediante o cumprimento dos requisitos, condições e procedimentos ali elencados, os quais não se esgotam nesta fase inicial, pelo contrário, mantém-se no que tange ao dever de proceder a vigilância pós-comercialização com o inerente dever de informar sobre incidentes adversos ocorridos durante o uso do dispositivo e que tenham passado incólumes nos ensaios e nas avaliações.

Existe, efectivamente, uma panóplia de obrigações que os produtores de dispositivos médicos devem cumprir, desde a concepção ergonómica do dispositivo, passando pelo material usado para o respectivo fabrico e indo até à informação prestada aos utilizadores não profissionais (os consumidores), nomeadamente a referência a dados clínicos.

E, com efeito, cuidando o apontado diploma legal apenas do controlo e aprovação para comercialização por parte das entidades competentes, sem tratar, contudo, da eventual responsabilidade por danos causados pelos ditos dispositivos, estes são, para efeitos legais, produtos submetidos ao regime da responsabilidade objectiva do produtor, mais restrito que o da responsabilidade contratual e extracontratual, previstas no Código Civil.

Rege esta matéria o Decreto-Lei n. 383/89, de 06 de Novembro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n. 131/2001, de 24 de Abril.

Aquele diploma transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n. 85/374/CEE, do Conselho, de 25 de Julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados membros em matéria da responsabilidade decorrente de produtos defeituosos.

Estabelece, no art. 1º, a responsabilidade objectiva do produtor ao prever que é este responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos dos produtos que põe em circulação.

Prevê a hipótese em que o facto gerador da responsabilidade não é uma conduta deficiente, mas o defeito do produto posto em circulação.

O art 2º prevê uma noção ampla de produtor, entendendo-se este como o fabricante do produto acabado, de uma parte componente ou de matéria-prima, e ainda quem se apresente como tal pela aposição no produto do seu nome, marca ou outro sinal distintivo.

Por produto, diz-nos o art. 3º, entende-se qualquer coisa móvel, ainda que incorporada noutra coisa móvel ou imóvel. É neste conceito, que se integra o dispositivo médico, o teste, em causa nos autos.

É este defeituoso – segundo o art. 4º – quando não oferece a segurança com que legitimamente se pode contar, tendo em atenção, todas as circunstâncias, designadamente a sua apresentação, a utilização que dele razoavelmente possa ser feita e o momento da sua entrada em circulação, não se considerando como tal um produto pelo simples facto de posteriormente ser posto em circulação outro mais aperfeiçoado.

Produto sem defeito é o produto seguro, mesmo que inapto a satisfazer o fim a que se destina.

O cerne desta noção está na segurança do produto e não na aptidão ou idoneidade deste para a realização do fim a que é destinado (que é o conceito determinante para efeitos de aplicação da garantia e responsabilidade contratual – cf. art. 913º do CC, o regime da Lei n. 24/96, de 31 de Julho, alterada pela Lei n. 47/2014, de 28 de Julho, e o regime do DL n. 67/2003, de 08 de Abril, alterado pelo DL n. 84/2008, de 21 de Maio).

Não se exige, porém, uma segurança absoluta: basta a segurança com que se possa legitimamente contar, isto é, a segurança com que o lesado, consumidor concreto pode contar – uma expectativa subjectiva – e ainda aquela com que o “público em geral” ou o conjunto global dos consumidores pode esperar como normal – uma expectativa objectiva, a avaliar,

casuisticamente, tendo em atenção a peculiaridade do produto em causa e todas as circunstâncias do caso, nomeadamente, às exemplificativamente previstas na lei, como a apresentação do produto, a utilização razoável do produto (incluindo o fim normal e outros usos razoavelmente previsíveis) e o momento da sua entrada em circulação (o momento atendível para a existência do defeito é o da comercialização do produto e não o da ocorrência do defeito; isto sem implicar que do seu aperfeiçoamento ulterior se possa inferir a existência de defeito naquela data), entre outros (por exemplo, as normas técnicas vigentes à data da comercialização) (Calvão da Silva, *A Responsabilidade Civil do Produtor*, Coleção Teses, Almedina, 1990, págs. 633 e seguintes).

A falta de segurança de um produto pode decorrer de um defeito de concepção (por exemplo, no caso dos dispositivos médicos, decorrente de uma insuficiente investigação clínica – arts. 12º e seguintes do DL n. 145/2009), de fabrico (adveniente, *v.g.*, de deficiências ao nível do controlo de produção) ou de informação (quando, por exemplo, o produto é omissivo quanto aos cuidados que o consumidor/utilizador deve respeitar – exige o art. 65º do DL n. 145/2009, que as instruções sejam claras, precisas e sucintas).

O defeito de informação, tratando-se de dispositivos médicos, tendencialmente terá um conteúdo mais amplo, na medida em que está naturalmente associado a uma extensão da obrigação de informação a que o produtor se encontra adstrito: os produtores estão vinculados a vigiar continua-

mente o seu produto e a acompanhar o estado da técnica, recaindo sobre eles a obrigação de informar acerca dos riscos entretanto detectados, ou mesmo a retirar o dispositivo do mercado.

Os possíveis riscos e outras informações associadas à utilização do produto deverão constar de um folheto disponibilizado com o mesmo (art. 49º do DL n. 145/2009), configurando-se, nesta parte, como medida da expectativa de segurança do dispositivo médico a medida da informação do utilizador/consumidor/paciente. Isto é, quanto mais informado estiver, maior é a margem de segurança do produto.

Visto que o defeito de segurança e o defeito de eficácia não se confundem, posto é que existem casos em que a falta de idoneidade do bem para o fim visado se confunde com a sua falta de segurança.

Trata-se de confluência que é particularmente evidente no caso de dispositivos médicos: sendo pertinentes com a saúde e a integridade física da pessoa, o simples facto de não estarem aptos a cumprir com a respectiva finalidade pode acarretar riscos para a saúde e/ou integridade física do utilizador. Por exemplo, as tiras de glicemia que são incapazes de medir com rigor o valor glicémico. O mesmo se dirá do teste em causa nos autos: falhando na realização do fim a que se destina, isto é, a medição precisa e exacta de parâmetros, torna-se inseguro para o doente, visto não permitir aceder a um valor fiável – o dito “falso negativo” –, comprometendo o diagnóstico, por um lado, e ludibriando a necessidade de recurso a meios complementares de diagnóstico, por outro.

Aqui residiria o defeito do produto, talqualmente foi reconhecido pela ré que, cumprindo com a obrigação de informação e cuidado a que estava adstrita, tomou medidas adicionais de segurança, a par da actuação do Infarmed, decidindo pela retirada dos dispositivos do mercado.

Contudo, o defeito apenas é defeito em sentido propriamente considerado para efeitos de responsabilidade civil do produtor, se o produto for, em concreto, utilizado pelo consumidor/paciente e neste se hajam repercutido as consequências daquele.

Esta concretização – muito embora considerada assente sob os pontos 8 e 9 pela 1ª instância – não está provada no processo, conforme decidiu o acórdão recorrido ao eliminar essa factualidade, decisão que não foi objecto de sindicância por parte do autor em sede de revista, que se limitou a impugnar o modo de aplicação das regras de distribuição do ónus da prova.

Como tal, não se tendo provado que “os testes “On Call PSA, PS 402” efectuados ao A. apresentavam alteração na estabilidade do produto que punha em causa a sua validade fixada em vinte e quatro meses” e que “por esse motivo, os aludidos testes produziram resultados de falsos negativos de nível da PSA”, não se pode afirmar que o defeito do produto usado pelo autor esteja cabalmente demonstrado nos autos.

O ónus da alegação e prova do defeito incumbia ao autor.

Na realidade, no que respeita aos factos constitutivos do direito de indemnização que pretende fazer valer,

tendo por base a responsabilidade civil do produtor, têm aplicação as regras gerais de distribuição do ónus da prova, constantes do Código Civil – art. 342º –, não se vislumbrando qualquer especificidade: de harmonia com o n. 1 deste preceito legal, caberia ao autor/consumidor/utilizador provar o defeito, o dano e o nexo causal entre o defeito e o dano.

Já no que tange a factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado – onde se integra a matéria do art. 5º do DL 383/89 –, o ónus da respectiva alegação e prova caberia à ré/produtora, conforme o n. 2 do mesmo artigo.

De facto, para afastar uma responsabilidade absoluta, sem limites, do produtor, enuncia o art. 5º do DL 383/89, seis causas de exclusão de responsabilidade que o mesmo deve provar, entre as quais, a prevista na al. b): “Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação”.

Nesta hipótese, a que nos ocupa, o legislador possibilita ao produtor que ele demonstre que os defeitos causadores dos danos não lhe são imputáveis, mas não exige que ele prove a inexistência do defeito quando pôs o produto em circulação. É suficiente para a exclusão da responsabilidade do produtor a prova de que, tendo em conta as circunstâncias, é plausível ou razoável a inexistência do defeito, aquando da colocação do produto em circulação.

O produtor não tem que provar nenhum facto positivo, ou seja, de que o defeito surgiu após a entrada em

circulação do produto e é imputável a terceiro ou à própria vítima, mas sim o facto negativo da probabilidade ou razoabilidade da sua não existência ao momento em que o pôs em circulação (basta, por exemplo, alegar e provar que o produto funcionou bem durante alguns anos, devendo ter-se em conta o tempo de uso do produto, pois quanto mais longo for, maior a possibilidade de o defeito não existir à data em que foi colocado em comercialização).

Repete-se, em matéria de distribuição do ónus da prova, este regime não apresenta nenhuma excepção às regras gerais previstas no Código Civil, nomeadamente, no seu art. 342º.

Por conseguinte, querendo efectivar a responsabilidade civil objectiva do produtor, incumbe ao lesado provar o defeito (o dano e o nexo causal) – a falta de segurança legitimamente esperada –, embora não se exija que especifique se é defeito de concepção, de fabrico ou de informação, defeito que, afinal, é facto constitutivo da sua pretensão (art. 342º, n. 1, do CC).

Não tem de provar, porém, a existência do defeito no domínio da organização e risco do produtor no momento em que o produto foi por este posto em circulação, existência essa que é presumida por lei, cabendo ao produtor, para efeitos de exclusão da sua responsabilidade, a prova da probabilidade ou razoabilidade da inexistência do defeito a esse momento, o que, afinal, configura facto impeditivo da pretensão de indemnização (art. 342º, n. 2, do CC).

Porém, o produtor apenas terá de

feito ao momento da sua comercialização se o defeito estiver demonstrado.

Como vimos, não está provado o defeito do teste que o autor concretamente usou, razão pela qual não se pode afirmar que caberia à ré alegar e provar os factos constitutivos da apontada causa de exclusão de responsabilidade.

Nem tão pouco se pode afirmar – como pretende o autor – que incumbiria à ré provar que os testes utilizados pelo autor não pertenciam aos lotes retirados do mercado.

Primeiro, é um facto negativo de cuja falta de prova não se podem extrair consequências, nomeadamente de prova do facto contrário, dado que não se subsume a nenhum facto impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado que incumbisse à ré demonstrar.

Segundo, o mesmo facto, mas formulado na positiva (que os testes utilizados pelo autor faziam parte dos lotes retirados do mercado), esse sim, trata-se de facto que integra a noção de defeito, portanto, de facto constitutivo do direito indemnizatório que pretende fazer valer nesta acção.

Acresce que nenhuma razão legal existe para inverter o ónus da prova, de modo a afirmar que passaria a incumbir à ré a prova de tal facto, dado que a presunção que beneficia ao lesado, não é uma presunção de defeito, mas de existência do mesmo ao momento da sua comercialização, por um lado, e não consta do processo – nomeadamente, na fase de instrução – que a ré haja, culposamente, tornado impossível a prova ao autor (cf. art. 344º, n. 2, do CC), por outro, tanto mais ter sido

o mesmo alegado pelo autor no seu articulado inicial.

A primeira questão colocada em revista terá, pelo exposto, de improceder.

Em função da resposta dada à primeira questão, prejudicado fica apreciar a segunda questão colocada pelo autor, respeitante ao nexo de causalidade.

Não se tendo logrado demonstrar o defeito do produto, não se vê utilidade em apreciar o facto constitutivo reportado ao nexo causal, sem virtualidade de, por si, permitir a afirmação do direito indemnizatório invocado pelo autor.

Formulam-se as seguintes conclusões:

I – Os dispositivos médicos são produtos submetidos ao regime jurídico da responsabilidade civil do produtor, aprovado pelo DL n. 383/89, de 06-11, alterado pelo DL n. 131/2002, de 24-04.

II – Por produto defeituoso entende-se – não aquele que é inapto para o fim a que se destina – mas que carece de segurança, a legitimamente esperada, decorrente de um defeito de concepção, de fabrico ou de informação.

III – Porém, se um dispositivo médico for inapto a cumprir com a respectiva finalidade e com isso acarretar riscos para a saúde e/ou integridade física do utilizador, deve ser considerado produto defeituoso para efeitos de aplicação do regime do DL n. 383/89.

IV – Considera-se produto defeituoso o dispositivo médico com funções de medição, concretamente utilizado por consumidor, – um teste para detecção semi-quantitativa do antígeno específico da próstata (PSA), denominado “On Call PSA”, com a refª TPS 402 – incapaz de cumprir os requisitos de desempenho, ao tempo de vida em prateleira atribuído de 24 meses, podendo produzir resultados de PSA falsos negativos no limite de detecção ou na proximidade deste e conduzir, por sua vez, a um diagnóstico errado ou a um atraso no diagnóstico do cancro da próstata.

V – Em acção de efectivação de responsabilidade civil do produtor, incumbe ao autor o ónus de alegação e prova do defeito, dano e nexo causal entre o defeito e o dano, nos termos gerais do art. 342º, n. 1, do CC.

VI – Na referida acção, uma vez provado o defeito, caberá ao produtor ilidir a presunção da existência deste ao momento da sua comercialização, mediante a prova da probabilidade ou razoabilidade da sua inexistência nessa data (art. 5º, al. b), do DL 383/89 e art. 342º, n. 2, do CC).

Nesta conformidade, por todo o exposto, acordam os Juízes no Supremo Tribunal de Justiça em negar revista, confirmando-se o acórdão recorrido.

Custas pelo recorrente.

Lisboa, 2 de Junho de 2016

Orlando Afonso (Relator)

Távora Victor

António da Silva Gonçalves

Patrocínio



Apoio Institucional

