

Carta Idec nº 61/2020/Coex

São Paulo, 27 de fevereiro de 2020.

À Coordenação-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas

**Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor
Secretaria Nacional do Consumidor
Ministério da Justiça e Segurança Pública**

A/C:

Luciano Timm

Secretário Nacional do Consumidor

Leonardo Albuquerque Martins

Coordenador de Monitoramento de Mercado

Ref.: Consulta Pública sobre Publicidade Infantil (Processo nº 08012.002887/2019-61)

Prezados Senhores,

Diante da publicação do Despacho nº 26/2020/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ em 17/01/2020, o qual comunica a submissão de minuta de portaria sobre publicidade infantil à consulta pública, o Idec - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, vem, respeitosamente, manifestar-se nos termos abaixo pormenorizados.

I) BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

1. Da abertura da Consulta Pública sobre publicidade infantil. Em 17/01/2020, foi publicado o Despacho nº 26/2020/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ, o qual comunica a submissão de minuta de portaria sobre publicidade infantil até 31/01/2020. Na mesma data, o Idec, membro do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, foi surpreendido com o recebimento de um e-mail da Coordenação-Geral de Articulação e Relações Institucionais da Senacon comunicando o assunto. Segundo informações divulgadas nos endereços virtuais institucionais¹, a consulta pública "visa uma regulamentação que procure conciliar a missão constitucional do Estado brasileiro de, efetivamente, proteger a criança e o adolescente, que são considerados consumidores hipervulneráveis" com os direitos constitucionais relacionados à livre iniciativa dos fornecedores.

2. Da geração do processo público 08012.002887/2019-61. Da análise dos autos do referido processo administrativo, verifica-se que o processo foi gerado em 20/09/2019 a partir da expedição do Ofício nº 33/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ para o CONAR - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, em nome de seu presidente, o Sr. João Luiz Faria Neto. Na ocasião, a Coordenação Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas - CGCTSA dirige ao referido Conselho perguntas sobre autorregulamentação com a justificativa de colher auxílios no que se refere à "defesa do consumidor no âmbito de mensagens publicitárias destinadas ao público infantil".

3. Das movimentações e protocolos no processo 08012.002887/2019-61. Em 23/09/2019, foi expedido o Ofício-Circular nº 011/2019/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ aos dirigentes dos Procons Estaduais e Municipais das capitais; aos dirigentes de entidades civis de defesa do consumidor; à Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor - MPCON; e à Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor do Colégio Nacional de Defensores Público-Gerais - CONDEGE. Não há, nos autos, comprovação de seu recebimento pelos destinatários.

3.1. Em 24/09/2020, são enviados e-mails para representantes da Proteste, do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

¹ **Senacon realiza consulta pública sobre regulamentação da publicidade infantil.** Ministério da Justiça e Segurança Pública - Brasília, 15/01/2020. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-realiza-consulta-publica-sobre-regulamentacao-da-publicidade-infantil>>, acesso em 30/01/2020.

- IBRAC; Siqueira Castro Advogados; da Procons Brasil e também para e-mails não institucionais pertencentes a pessoas físicas.

3.2. Tanto no Ofício-Circular quanto nos e-mails enviados, foram comunicados **(a)** o entendimento da gestão atual da Senacon pela necessidade de alinhamento das políticas de defesa do consumidor com a adoção de indutores (*insights*) comportamentais - práticas que, conforme a CGCTSA, são estimuladas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE; e **(b)** a coleta de subsídios para "a nova regulamentação da publicidade infantil".

3.3. Entre 02/10/2019 e 23/10/2020, são juntados aos autos:

- a) O Relatório Final "Publicidade Infantil em Tempos de Convergência", elaborado pela Universidade Federal do Ceará - UFC, Instituto de Cultura e Arte e Grupo de Pesquisa da Relação Infância, Juventude e Mídia (GRIM), - tal relatório foi objeto do Termo de Cooperação celebrado entre a UFC e o Ministério da Justiça em 2016;
- b) Contribuição da Proteste;
- c) Contribuição do NUDECON-RJ;
- d) Contribuição do CONAR;
- e) Parecer Crítico ao Relatório Final "Publicidade Infantil em Tempos de Convergência" encomendado por Maurício de Sousa Produções nos autos de outro processo administrativo datado de 08012.003988/2016-15;
- f) Contribuição do PROCON-SP.

3.4. Ato sequente, em 14/01/2020, é protocolada no referido processo a Minuta de Portaria que é submetida, em 17/01/2020, à Consulta Pública.

II) QUANTO À FORMA - DA NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 08012.002887/2019-61

4. Em análise das questões formais do processo administrativo em tela, o Idec verificou, à luz dos princípios que regem a Administração Pública, a existência de graves vícios de forma passíveis de lhe vestirem de nulidade, dentre os quais destacamos:

4.1. Violação do princípio da publicidade. Ressalvadas as hipóteses de sigilo - o que não é o caso dos autos - o princípio da publicidade, previsto no art. 37, *caput*,

da Constituição Federal, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.

É clara a falta de publicidade dos atos praticados no processo administrativo nº 08012.002887/2019-61: o processo somente foi divulgado, via publicação no Diário Oficial da União, no momento em que uma minuta de portaria foi submetida à Consulta Pública. Verifica-se, ainda, que os pedidos de “subsídios para nova regulamentação da publicidade infantil” não foram publicizados, impedindo-se, assim, a contribuição de interessados, além dos diretamente convidados pela Senacon.

4.2. Violação do princípio da participação social nos processos administrativos de interesse público.

A violação do princípio da publicidade implica em violação ao princípio da participação social nos processos administrativos de interesse público, inerente ao Estado Democrático de Direito. Isso porque o mero envio de e-mails para algumas entidades e pessoas de escolha da Senacon não representa o cumprimento de diretrizes para participação social. Não houve, em momento algum, a devida publicidade na convocação para apresentação de contribuições para a redação do instrumento normativo o que, conseqüentemente, impossibilitou a apresentação de inúmeros contrapontos da sociedade civil sobre o tema.

Conduzindo o processo administrativo dessa forma, a Senacon violou frontalmente as orientações oficiais do Governo Federal para processos regulatórios. Se no âmbito da administração indireta as agências reguladoras seguem seus guias de boas práticas regulatórias² e, mais recentemente, legislação específica de processos regulatórios que impõem parâmetros de fases determinadas para garantia da participação social como instrumento de validade e eficiência do processo e da futura norma (como a Lei 13.848/2019 e regimentos internos das agências reguladoras), os órgãos da administração direta, como a Senacon, não podem ignorar os parâmetros já consolidados.

A recente atualização da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Dec. 4657/1943) indicou de forma geral a realização de consultas públicas pela Administração:

² ANVISA. **Boas Práticas Regulatórias - guia para o programa de melhoria do processo de regulamentação da Anvisa.** Brasília, 2008.

ANS. **Guia Técnico de Boas Práticas Regulatórias.** Orientações técnicas para o aprimoramento do processo regulatório. Rio de Janeiro, 2014.

ANEEL. **Manual de Boas Práticas Regulatórias.** Brasília, 2018.

LINDB, Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.

§ 1º A convocação conterà a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.

Os agentes públicos da Senacon devem saber que a consulta pública não é o único instrumento de participação social. Antes dela, o processo administrativo que respeita a transparência e a eficiência deve contar com a abertura para contribuições, como a tomada pública de subsídios³. De toda maneira, o momento de se realizar os instrumentos de participação social e a forma de concretizá-la devem estar em consonância com as melhores práticas de participação social.

Nesse sentido, orienta a Advocacia Geral da União:

Importante mencionar que, pautado pela transparência, o ciclo regulatório deve buscar uma efetiva participação social, por meio de qualquer processo que permita o recebimento de informações de agentes diretamente interessados, podendo constituir-se de debates e consultas dirigidas, grupos de trabalho e comitês permanentes com participação da sociedade civil, além de audiências e consulta pública. **A participação social auxilia o agente regulador nos momentos iniciais de elaboração normativa, além de reduzir**

³ Desde 2018, a Anvisa passou a adotar a tomada pública de subsídios, como instrumento de participação social que permite a coleta de contribuições técnicas e científicas para consolidação da análise de impacto regulatório, e, por isso, realiza esse procedimento antes da elaboração de minuta de norma e consulta pública. De acordo com a agência, "a Tomada Pública de Subsídios (TPS) é um mecanismo de consulta aberto ao público para coletar dados, informações ou evidências sobre o relatório preliminar de Análise de Impacto Regulatório (AIR), a fim de auxiliar a tomada de decisão regulatória pela Anvisa. As contribuições são coletadas em formulário eletrônico que apresenta perguntas a respeito das informações contidas no relatório de AIR: problema regulatório que se pretende solucionar, opções regulatórias para o alcance dos objetivos e identificação e comparação de seus impactos, bem como ações de implementação e monitoramento." (Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/tomada-publica-de-subsidios>). Após o êxito da medida, como forma de legitimação de seus processos, outras Agências passaram a adotá-la. De acordo com a Anac, "a tomada de subsídios é um mecanismo que possibilita a participação social durante as fases preliminares do processo regulatório da Agência e contempla diferentes técnicas de coleta de dados, ideias, sugestões e opiniões sobre determinado tema ou problema. A partir dessa ferramenta, a ANAC busca coletar informações da sociedade e de regulados, podendo utilizar esses dados como subsídio para as fases de estudo e para o desenvolvimento de propostas de atos normativos e regulamentos." (Disponível em: <https://www.anac.gov.br/participacao-social/tomada-de-subsidios>).

assimetrias de informações, legitimando a tomada de decisão⁴.

Se, por um lado, a abertura para recebimento de contribuições por convite informal para apenas algumas pessoas e instituições escolhidas representa violação aos princípios da publicidade e da impessoalidade, por outro, a realização de consulta pública aberta aos interessados - sem espaços qualificados de debate - para opinar sobre minuta de norma pronta também não atende aos padrões de plena participação social. Assim, a Senacon não cumpriu em nenhum momento o mínimo adequado de participação social em seu processo regulatório até essa fase, colocando em risco a legalidade do processo.

Corroborando a afirmação de que a ampla participação social deve ocorrer antes da elaboração de proposta de minuta de norma ou ato regulatório, as "Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR", instrumento que reúne as orientações sobre como devem os agentes públicos federais proceder nos processos de sua competência, estabelece:

Tanto as Diretrizes Gerais quanto o Guia AIR estão pautados nos princípios: (i) de que é fundamental iniciar uma AIR logo nos estágios iniciais do processo regulatório, ou seja, previamente à elaboração de leis, decretos, regulamentos e outras normas; e (ii) **de que é fundamental fomentar a integração de mecanismos de participação social durante a fase de construção e elaboração da AIR⁵.**

Sabe-se que a Análise de Impacto Regulatório é processo exigido de todos os órgãos e entes da Administração por Lei (art. 5º, Lei 13.874). E conforme as diretrizes acima do Governo Federal, a elaboração de AIR deve ser precedida de participação social:

Com a finalidade de ampliar a transparência do processo regulatório e as fontes de informação disponíveis, **o Relatório de AIR, parcial ou completo, deve, sempre que possível, ser objeto de processo de participação social específico, que permita o recebimento de críticas, sugestões e contribuições de agentes diretamente interessados e do público em geral.** Esse processo de participação social específico, quando realizado, **deverá ser concluído antes de ser iniciada a elaboração de eventual**

⁴ AGU. **Manual de Boas Práticas Regulatórias**. Brasília, 2018, p. 40.

⁵ BRASIL. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR**. Brasília: Casa Civil, 2018, p. 8.

minuta ou de proposta de alteração de ato normativo para o enfrentamento do problema regulatório identificado⁶.

A Secretaria Nacional do Consumidor não seguiu nenhum dos passos necessários para se garantir a efetiva e plena participação social que lhe garantisse o respaldo legal, legítimo e moral para esse processo, cuja conclusão corre enormes riscos de ser maculada por vícios insanáveis, o que se percebe desde a iniciativa até a minuta de portaria divulgada.

4.3. Violação do princípio da motivação. A edição de atos pela Administração deve ser devidamente motivada, sob o risco de atentado ao Estado Democrático de Direito e também, por consequência, aos princípios da moralidade, da transparência e controle jurisdicional.

Conforme dispõe o art. 50, I, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, os atos administrativos devem ser motivados com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos quando negarem, limitarem ou afetarem direitos ou interesses. Ainda, a motivação deve ser explícita, clara e congruente.

No presente caso, a violação a este princípio pode ser vista a partir de duas perspectivas:

- a) **Quanto aos objetivos gerais:** A não ser pela sintética informação divulgada no endereço virtual institucional⁷ de que a consulta pública “visa uma regulamentação que procure conciliar a missão constitucional do Estado brasileiro de, efetivamente, proteger a criança e o adolescente, que são considerados consumidores hipervulneráveis” com os direitos constitucionais relacionados à livre iniciativa dos fornecedores, não há, nos autos, exposição das razões do ato administrativo que gerou o processo em questão.

Não há apontamento dos fatos e dos fundamentos jurídicos como pede a lei. No Ofício ao Conar, o qual inaugura o processo administrativo. Há apenas simples questionamentos ao Conselho sem a apresentação de quaisquer justificativas, além do simplório apontamento de que tais questionamentos servirão para “auxiliar esta Secretaria no que se refere à defesa do consumidor no âmbito de mensagens publicitárias destinadas ao público infantil”.

⁶ BRASIL, op. cit., p. 15.

⁷ **Senacon realiza consulta pública sobre regulamentação da publicidade infantil.** Ministério da Justiça e Segurança Pública - Brasília, 15/01/2020. Disponível em: <<https://www.novo.justica.gov.br/news/senacon-realiza-consulta-publica-sobre-regulamentacao-da-publicidade-infantil>>, acesso em 30/01/2020.

Nos demais Ofícios emitidos, a Senacon apenas aponta que, em razão **(1)** da “intensificação das ações de publicidade por meio das plataformas digitais - com tendência de menor impacto das mídias tradicionais” e **(2)** do estímulo dado pela OCDE à adoção de indutores comportamentais nas políticas de defesa do consumidor, é preciso revisitar o tema para atualização.

A exposição das razões de forma explícita, clara e congruente, como determina a lei, é necessária também para salvaguarda da melhor participação social, vez que apenas tendo clareza das motivações e dos objetivos da consulta pública em aberto, os demais atores poderiam participar de forma adequada.

Apesar, após sua abertura, ter sido anexado ao processo o relatório da pesquisa “Publicidade Infantil em tempos de convergência”, coordenado pela Prof^a Inês Vitorino no Grupo de Pesquisa da Relação Infância, Juventude e Mídia da Universidade Federal do Ceará (GRIM/UFC), nenhum comentário foi realizado no processo pelos agentes públicos e técnicos responsáveis da Senacon, e nenhum aproveitamento se realizou para construção da decisão de elaborar proposta de portaria e seu conteúdo.

Ainda, conforme o art. 3º, §3º do Decreto 9.830/2019, a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta (isto é, da portaria para regulamentação da publicidade infantil), inclusive consideradas as possíveis alternativas, o que não foi feito em nenhum momento do processo.

- b) **Quanto aos atos internos do processo:** há ausência de motivação também nos atos administrativos que movimentam o processo. A título de exemplo, podemos apontar os próprios Ofícios emitidos para coleta de subsídios para a elaboração da “nova regulamentação sobre publicidade infantil”. Não há motivação explícita, clara e congruente que justifique a convocação de algumas organizações, como a Proteste, e a exclusão de outras, como o Idec - a qual é, sabidamente, instituição histórica na defesa dos consumidores e, inclusive, membro do SNDC - e o Instituto Alana, que concentra também vasta literatura sobre o assunto. Há também o registro de envio de Ofícios para pessoas físicas sem a devida motivação e o apontamento de suas expertises.
- c) **Quanto à Minuta apresentada:** a Minuta de portaria submetida à consulta pública não está acompanhada, no que se refere ao texto final apresentado, de motivação explícita, clara e congruente. Vejamos:

Quanto à desconsideração das contribuições apresentadas: a despeito de ter solicitado a alguns órgãos e entidades - de maneira questionável, como apontado acima - "subsídios para a elaboração da nova regulamentação sobre publicidade infantil", a Minuta de Portaria é protocolada no SEI em 14/01/2020 sem qualquer tipo de motivação ou exposição de razões para a sua redação.

Não há nos autos qualquer registro de que se tenha levado em consideração quaisquer dos subsídios enviados, como, por exemplo, a contribuição do PROCON (SEI 10062271), que trata especificamente do *unboxing* - prática de publicidade infantil em mídias digitais.

E mais: a própria Senacon junta aos autos o Relatório Final "Publicidade Infantil em Tempos de Convergência", objeto do Termo de Cooperação celebrado entre a UFC e o Ministério da Justiça em 2016, sem sequer considerá-lo ou mesmo combatê-lo para a elaboração da minuta. Este relatório, inclusive, contém inúmeros contrapontos ao que ora está sendo proposto pela Senacon. Citam-se, como, por exemplo, as passagens abaixo destacadas:

"Com base nesta escuta, foram identificados conjuntos de oportunidades, riscos e danos relacionados ao uso de dispositivos comunicacionais e ao acesso à comunicação mercadológica. Os riscos e danos reportados são muito superiores às oportunidades elencadas no caso da comunicação mercadológica. Nesse sentido, há elementos no relatório que permitiram inclusive a definição da proibição integral desse tipo de comunicação a crianças nesta faixa etária. Considerando, contudo, a harmonização do direito à proteção com o direito ao acesso à informação, assim como o fato da criança, nesta fase, estar em processo de aprendizado e desenvolvimento de recursos analíticos mais sofisticados, considera-se que a política de co-regulação neste setor possa ser adequada para crianças na faixa de 9 a 12 anos incompletos. Para crianças com idade abaixo dessa faixa etária, considera-se, de acordo com os estudos apresentados neste relatório e tendo em vista os problemas que às crianças de idade mais avançada ainda revelam no que concerne à identificação da comunicação mercadológica e de algumas estratégias publicitárias, que a publicidade dirigida ao público abaixo de 9 anos deva ser proibida."⁸ (grifou-se)

⁸ **Publicidade infantil em tempos de convergência** (Relatório Final). Universidade Federal do Ceará - Grupo de Pesquisa da Relação Infância, Juventude e Mídia, p. 231.

“Responsabilidade do Estado e da sociedade civil em relação ao acesso de crianças e adolescentes à comunicação mercadológica, em especial à publicidade:

[...] Proibir a comunicação mercadológica de produtos não saudáveis em horários de proteção e/ou associados à presença de conteúdo dirigidos à criança na radiodifusão e na web.”⁹ (grifou-se)

Quanto ao próprio texto: Da mesma forma, não há, em momento algum do processo, qualquer exposição de razões que fundamente, minimamente, os motivos pelos quais a Senacon achou por bem submeter à consulta pública uma minuta de Portaria que, em essência, é cópia do art. 37 do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária do CONAR. Não são juntados aos autos nenhum parecer, análise, estudos, referências bibliográficas e evidências científicas que fundamentem tal escolha, bem como não há registros de discussões anteriores sobre o tema.

4.3.1. Violação ao princípio da motivação pela ausência de Análise de Impacto Regulatório - AIR. O art. 20 do Decreto-Lei 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB) dispõe que na esfera administrativa, assim como na judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Ou seja, a LINDB preza pela tomada de decisão subsidiada pela melhor alternativa, a qual, segundo o Guia Orientativo para Elaboração de Análise de AIR da Casa Civil, pode ser identificada por meio de realização de AIR.

Conforme este documento, a AIR deve ser realizada sempre que se identificar um problema “que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas”. Assim define o mesmo documento:

“Consiste num processo sistemático de análise baseado em evidências que busca avaliar, a partir da definição de um problema regulatório, os possíveis impactos das alternativas de ação disponíveis para o alcance dos objetivos pretendidos. Tem como finalidade orientar e subsidiar a

⁹ Op. cit., p. 235.

tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.”

Nesse sentido, a submissão à consulta pública de minuta de portaria sem registro de qualquer consideração e análise de suas consequências práticas ofende a segurança jurídica e também a eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Ainda, a ausência de AIR tem relação direta com a violação ao princípio da motivação dos atos Administração, pela ausência de demonstração da necessidade e da adequação da medida imposta (i.e., da elaboração de minuta de portaria que vise regulamentar a publicidade infantil) em face das possíveis alternativas ao problema, conforme dispõe o parágrafo único do art. 20 da LINDB.

Inclusive, um dos poucos instrumentos favoráveis aos consumidores na Lei 13.874/2019, que institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, é a previsão, em seu art. 5º, de realização de AIR previamente às propostas de edição e de alteração de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos e também dos usuários dos serviços. A realização de análise de impacto regulatório não é uma opção, mas sim um dever dos agentes públicos.

4.4. Violação do princípio da impessoalidade. O princípio da impessoalidade está relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Isso significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar particulares ou setores determinados, uma vez que sua finalidade é zelar pelo interesse público. Nesse sentido, a coleta de subsídios para a elaboração da minuta sem a devida publicidade fere também o princípio da impessoalidade, uma vez que foi dada a oportunidade de manifestação nos autos do processo a apenas alguns atores específicos, inclusive, frisa-se, sem a devida motivação.

A grave violação do princípio da impessoalidade se identifica desde a iniciativa de conduzir todo o processo administrativo com ofício ao Conar, até a consulta pública de texto copiado do código privado do Conar. O objetivo de atender o interesse de referida entidade privada é tão notório que consta nas publicações oficiais do processo que a parte principal interessada é o Conar, entidade privada mantida por fornecedores de produtos e serviços, muitos deles já sancionados ou em processo de sanção pela Senacon por realizar publicidade abusiva para crianças.

O Conar - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária é uma entidade privada mantida por agências de publicidade, veículos de comunicação e

fornecedores de produtos e serviços que anunciam para consumidores¹⁰. Dentre seus anunciantes é possível destacar a empresa “McDonald's Comércio de Alimentos Ltda”, empresa do grupo já penalizado pela Senacon por prática de publicidade abusiva para crianças¹¹, e cujas estratégias de marketing infantil abusivo estão aguardando julgamento pelo STJ no Resp. 1.728.623/SP. O mesmo se pode dizer de outra associada do Conar, a empresa “Mauricio de Souza Produções Ltda”, que é autora de ação anulatória 0022661-94.2017.4.01.3400 perante a Justiça Federal do DF em face da Nota Técnica 03/2016 da Senacon sobre publicidade infantil. Pautar o processo regulatório pelo interesse do Conar, que, certamente, defende os interesses de seus associados, e tratar as normas internas privadas dessa entidade como um “ponto de partida” representa, além de violação do princípio da impessoalidade, gravíssimo conflito de interesse, desvio de finalidade e imoralidade administrativa.

Trazer as normas privadas do Conar para o âmbito da regulação pública como estratégia de impedir pressão do setor publicitário e dos anunciantes também representa grave violação dos princípios do processo administrativo e macula, em especial, a supremacia do interesse público nos atos da Senacon. Por isso, nada resta às autoridades da Senacon a não ser reconhecer as graves ilegalidades desse processo administrativo e reiniciá-lo com base em levantamento de subsídios, participação social efetiva que permita contribuições técnicas prévias e posterior construção de proposta para enfrentamento adequado da publicidade infantil.

4.5. Violação ao princípio da eficiência. A eficiência é um dos princípios da Administração Pública preconizados pelo art. 37 da Constituição Federal, e também o dever imposto a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, rendimento funcional e responsabilidade com o erário. Relaciona-se a este ponto em específico a existência de edital em aberto¹², no âmbito do governo federal, para a contratação de um consultor para a elaboração de estudo para o fornecimento de subsídios à Senacon sobre publicidade e práticas comerciais destinadas às crianças e adolescentes no âmbito televisivo e dos meios digitais. Ou seja, o governo federal está com contratação em aberto para a elaboração de estudo para a Senacon sobre o mesmo tema da minuta de portaria que ora se submete à apreciação pública. Até o momento, não foram divulgadas informações sobre a contratação, o cronograma

¹⁰ Ver: **Conar - Quem somos**. Disponível em: <<http://www.conar.org.br/>>, acesso em 04/02/2020.

¹¹ **DPDC multa McDonald's, Vogue e Couro Fino por publicidade dirigida à criança**. Ministério da Justiça e Segurança Pública - Brasília, 11/10/2018. Disponível em: <<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/737-dpdc-multa-mcdonald-s-vogue-e-couro-fino-por-publicidade-dirigida-a-crianca>>, acesso em 03/02/2020.

¹² Projeto de Organismo Internacional (BRA/11/008) - Edital nº 005/2019 - Estudo sobre Propaganda Infantil. Publicado no D.O.U. em 07/11/2019, edição 216, seção 3, p. 162.

de entrega dos produtos e sua relação com os trabalhos relacionados à consulta pública.

As informações até o momento publicizadas sugerem que está a haver um desperdício de recursos públicos, vez que a consultoria em contratação deveria ser elemento a ser levado em consideração na elaboração de portaria que visa ser a “nova regulamentação” do assunto em estudo.

4.6. Violação ao princípio da legalidade pela ausência de competência. Até o momento, todos os atos administrativos do processo foram realizados no âmbito da Coordenação-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas - CGCTSA da Senacon, inclusive o Despacho nº 26/2020/CGCTSA/DPDC/SENACON/MJ que submete a minuta de portaria à consulta pública.

Ocorre que, em análise do Regimento Interno da Senacon, em especial do seu art. 19, verifica-se, claramente, que tal Coordenação não possui a competência para a emissão de atos normativos.

O princípio da legalidade é aquele que postula que, na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei. Assim, os atos da CGCTSA estão imbuídos de nulidade por ausência de expressa previsão legal para a expedição de atos normativos como o ora pretendido.

4.7. Violação ao princípio da legalidade pelo desvio de finalidade. À luz de todas as normativas que tratam da competência e da finalidade institucional da Senacon, como o art. 17 do Decreto 9.662/2019, o art. 3º do Decreto 2.181/1997 e o art. 1º de seu Regimento Interno, verifica-se a missão da proteção e defesa do consumidor. Soma-se a isso a previsão do art. 30 da LINDB que dispõe que as autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas.

A proposta de regulamentação da publicidade infantil apresentada viola tanto os direitos das crianças preconizados no ECA quanto os direitos dos consumidores-crianças, classificados como hipervulneráveis pelo CDC. Além disso, o pretenso texto normativo é falho e abre porta para inúmeras situações de insegurança jurídica, descumprindo, assim também o seu dever público, conforme preconizado pela LINDB.

Portanto, tal minuta configura desvio de finalidade institucional da Senacon, a qual deve ter sua atuação sempre norteadas pela efetiva defesa dos consumidores. O ato

em discussão, pelo contrário, vai, implícita e explicitamente, de encontro à missão institucional da Senacon, razão pela qual, segundo a teoria do desvio de poder, configura vício de legalidade, implicando em ato nulo.

4.8. Conclusão. A Senacon deixou de seguir todas as etapas obrigatórias para configurar um processo administrativo regulatório, ao deixar de dar efetiva transparência e publicidade aos seus atos; ao não definir adequadamente o problema regulatório que pretende resolver; ao não identificar os atores afetados e representantes qualificados, escolhendo os atores de quem preferiu receber contribuições iniciais; ao não descrever a base legal para atuação do órgão na matéria; ao deixar de motivar seus atos de forma clara, congruente e explícita; ao não mapear alternativas; ao não analisar impactos de quaisquer alternativas; ao pretender expedir portaria que implica em desvio de sua finalidade institucional; e ao final, ao, sem motivos, justificativas, evidências ou análises, definir com arbitrariedade que a alternativa seria partir de um texto copiado de autorregulação privada.

Pelo exposto, a consulta pública representa ato administrativo maculado por vícios graves de objeto, motivação e forma, devendo ser considerado nulo.

III) QUANTO AO MÉRITO - PUBLICIDADE INFANTIL: PRÁTICA COMERCIAL ABUSIVA E ILEGAL

5. Dos malefícios da publicidade infantil. São vários os impactos negativos, cientificamente comprovados, causados sobre crianças e adolescentes em decorrência da publicidade, como: estresse familiar, obesidade infantil, erotização precoce, violência e alcoolismo¹³. Diante da gravidade dos efeitos da publicidade sobre o desenvolvimento dos infantes, esse tema deve ser tratado com atenção pelo Estado, não podendo ser entregue apenas à auto-regulamentação do mercado publicitário, conforme será demonstrado.

Os artifícios utilizados pelas empresas na publicidade infantil são o uso da maior quantidade possível de recursos capazes de prender a atenção das crianças para o que está sendo veiculado. Os resultados disso são transtornos na formação psíquica, da qual decorre mudança de hábitos e comportamentos que refletem diversas

¹³ SCHIMDT, J.P.; GONÇALVES, A.S. **Publicidade infantil, regulação estatal e formação de valores em prol do consumo consciente.** Revista de Direito do Consumidor. Vol. 114. Ano 26. P. 147-175. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2017.

consequências negativas, tais como a inserção em uma lógica perniciosa de aquisição maciça de bens de consumo, atualmente denominado de pressão consumista.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece que a proteção integral da criança exige tutela contra a pressão consumista, conforme consta do art. 5º da Lei n.º 13.257/2016 (Marco Legal da Primeira Infância), a saber:

“Lei n.º 13.257/2016, 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.” (grifou-se)

O consumismo é uma realidade da sociedade moderna, tendo adquirido dimensões globais. Nesse contexto social e de mercado, anunciantes utilizam técnicas de venda subliminares, deixando aos consumidores a falsa impressão de que eles estão agindo de forma plenamente racional. Se essa tática é bastante eficaz com a população adulta, que, em tese, possui recursos intelectuais capazes de identificar e resistir a esses artifícios, ela demonstra ser mais eficiente com crianças e adolescentes, que ainda estão em fase de desenvolvimento.

Quando se afirma que as crianças não possuem condições de reconhecer uma mensagem como publicitária, ou de diferenciar um discurso livre de persuasão de um anúncio comercial, é plenamente possível afirmar que toda publicidade dirigida à criança é capaz de violar sua autonomia da vontade e sua liberdade. E por ter a criança dificuldades de exercer suas vontades, de formar seus desejos e de tomar decisões livre de influências externas, pela sua condição especial de desenvolvimento que caracteriza a fase infantil, mesmo que elas fossem capazes de identificar a publicidade como tal, não seriam capazes de se proteger contra a persuasão do discurso, sendo facilmente convencidas, perpetuando-se a violação de sua autonomia. Nessa linha, destacamos o parecer do Conselho Federal de Psicologia (XIV Plenário):

“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 próprios do que em pessoas que já possuem algumas metas definidas. Logo, a resistência afetiva aos apelos publicitários corre o grande risco de ser fraca e, logo, 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.”¹⁴

Sendo expressamente ilegal a publicidade clandestina, conforme o artigo 36 do CDC, aquela que se realiza de forma a dificultar a capacidade do destinatário de identificá-la como tal e de perceber o seu discurso persuasivo ou sedutor, e considerando que a criança sempre terá esta dificuldade, toda publicidade dirigida à criança se realiza, portanto, nas mesmas condições de uma publicidade clandestina ou subliminar, e produz os seus mesmos efeitos, sendo, assim também proibida.

Ao mesmo tempo, se o que se busca proibir dentre as práticas abusivas do marketing é a manipulação das decisões do consumidor, por ser a criança facilmente manipulada pelas mais simples mensagens publicitárias, cuja intenção única é persuadir e seduzir intencionalmente para o consumo, a comunicação comercial direcionada às crianças deve ser submetida, sob o crivo legal, a maiores restrições nos julgamentos do Judiciário brasileiro.

As crianças ainda se encontram em estágio de maturação psicointelectual e nem sempre são capazes de se orientar pelo processo reflexivo.¹⁵ Além disso, até cerca dos 6 a 8 anos de idade, não diferenciam o conteúdo programático de publicidade e só desenvolvem de maneira adequada a aptidão de discernir o conteúdo persuasivo dos anúncios publicitários, a partir dos 12 anos¹⁶. Sobre esse ponto, destacamos:

“O público infantil está especialmente vulnerável ao marketing, por sua dificuldade em perceber a intenção persuasiva que motiva a propaganda. Crianças de até seis anos não reconhecem a diferença entre um programa de televisão e uma peça publicitária, enquanto crianças com até 12 anos não são capazes de compreender com clareza o objetivo de uma propaganda, nem de perceber sua(s) estratégia(s) de persuasão para o consumo (Andronikidis & Lambrianidou, 2010). Por outro lado, há evidências de que a credibilidade atribuída às propagandas diminui com a idade (D'Alessio, Laghi, & Baiocco, 2009; Priya, Baisya, & Sharma, 2009).

Os comportamentos de consumo infantil são, portanto, constantemente influenciados por estratégias eficazes de marketing que podem gerar diversas consequências indesejáveis. A quantidade de televisão vista pelas crianças tem sido considerada, por exemplo, um fator de risco para

¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Brasília, 2008, p. 15.

¹⁵ OLMOS, A. **Publicidade dirigida à criança: violência invisível contra a infância**. Constr. psicopedag. vol.19 no.19 São Paulo, 2011.

¹⁶ HENRIQUES, I.V.M. – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde. Rio de Janeiro, v.4, n.4, p.72-84, Nov., 2010.

o seu sobrepeso (Mondini et al., 2007), devido principalmente ao aumento da ingestão de alimentos enquanto se assiste à TV e em função de uma maior exposição à publicidade televisiva de alimentos não saudáveis que podem afetar as escolhas alimentares.”¹⁷(grifou-se)

É comum que a publicidade infantil remeta a um mundo fantasioso, mágico, tanto na televisão quanto nas mídias digitais, casos estes em que a abusividade é ainda mais crítica. E por qual razão essa prática configura um problema? Ora, a criança, ao ver em mensagens comerciais, a linguagem utilizada em meios de entretenimento (como desenhos animados, filmes de fantasia e contos de fadas), absorve tal familiaridade inconscientemente, criando vínculos afetivos que impulsionam a associação entre consumo, felicidade e satisfação.

Por se encontrarem em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, as crianças não conseguem distinguir o que é narrativa de histórias e fantasias do que é realidade, sendo assim que as empresas se aproveitam da deficiência de julgamento e experiência da criança¹⁸.

No que se refere a outros efeitos nocivos, identifica-se o estresse familiar. Ele ocorre quando a criança expressa aos pais o desejo de consumir determinado produto que os pais não têm condições financeiras de adquirir ou, por outras razões, não têm essa intenção. Isso gera conflitos, por vezes, endividamento da família, e o conseqüente desgaste da relação familiar¹⁹.

Por esse motivo, o direcionamento por parte de anunciantes de campanhas publicitárias diretamente ao público infantil, atraindo sua atenção com personagens desse universo ou com oferta de brindes e colecionáveis é prática combatida pelas entidades de defesa do consumidor ao redor do mundo. Este princípio comum do controle internacional da publicidade se dá pelo fato de que este apelo abusivo e excessivo das crianças, e o estímulo subliminar ao enfrentamento aos pais, é uma estratégia exercida de uma forma muito natural pela atividade publicitária.

¹⁷ Iglesias, Fabio, Caldas, Lucas Soares, & Lemos, Stela Maria Santos de. (2013). **Publicidade infantil: uma análise de táticas persuasivas na TV aberta.** *Psicologia & Sociedade*, 25(1), 134-141. Disponível em: <<https://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822013000100015>>, acesso em 03/02/2020.

¹⁸ ROZANSKI, J. **Publicidade Infantil: Análise de estratégias de comunicação em comerciais de alimentos.** Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/37590/000819997.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, acesso em 03/02/2020.

¹⁹ SEABRA MARTINS, I.S. **A Criança como Influenciadora de Compra: Fatores de Estímulo e a Participação da Publicidade neste Comportamento.** Trabalho apresentado no GP Publicidade e Propaganda do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXVIII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação. Rio de Janeiro, 2015.

Por esse aspecto, a publicidade de alimentos expressamente dirigida ao público infantil realizada a partir não do produto anunciado em si, mas da oferta de brinquedos exclusivos (os quais, vale frisar, em geral são colecionáveis e de alta rotatividade incentivando as crianças ao seu consumo em excesso e com habitualidade) que o acompanham, viola não apenas os princípios da proteção integral da criança, mas também o direito da família. Nesse sentido, o poder familiar também deve ser entendido como um direito dos pais de realizar as escolhas em nome dos seus filhos e exercê-lo da forma que melhor entenderem, o que pressupõe a existência de uma liberdade efetiva da família. Assim, a publicidade que apela de forma direta ou indireta para que as crianças peçam aos seus pais, e que se aproveita das atuais fragilidades do poder familiar, viola a liberdade da família.

Por fim, outro grave problema gerado pela publicidade direcionada a crianças e adolescentes é a obesidade infantil. Este tema será explicitado a seguir, como fundamento da necessidade da Senacon combater a publicidade de alimentos ultraprocessados e bebidas adoçadas dirigida às crianças desde já com base na legislação atual, evitando legitimar tais práticas.

6. Da publicidade infantil de alimentos. A propaganda de alimentos está diretamente relacionada com as escolhas alimentares da população e, por conseguinte, com a questão da obesidade. Resultados apurados em pesquisa realizada pela Universidade de São Paulo apontaram que a exposição à propaganda de alimentos altos em açúcares, sódio e gorduras saturadas influencia consideravelmente a dieta de crianças e adolescentes.²⁰ Nesse sentido, o Guia Alimentar para a População Brasileira²¹ publicado pelo Ministério da Saúde em 2014 elenca a publicidade como um obstáculo para a promoção de hábitos saudáveis na esfera da alimentação e saúde:

"Mais de dois terços dos comerciais sobre alimentos veiculados na televisão se referem a produtos comercializados nas redes de fast-food, salgadinhos "de pacote", biscoitos, bolos, cereais matinais, balas e outras guloseimas, refrigerantes, sucos adoçados e refrescos em pó, todos esses ultraprocessados. A maioria desses anúncios é dirigida diretamente a crianças e adolescentes. O estímulo ao consumo diário e em grande quantidade desses produtos é claro nos anúncios. Além disso,

²⁰ **Pesquisa da Esalq analisa propaganda e publicidade de alimentos no Brasil.** USP Online Destaque, São Paulo, 24/11/2011. Disponível em: <<http://www5.usp.br/3347/pesquisa-da-esalq-analisa-propaganda-e-publicidade-de-alimentos-no-brasil/>>, acesso em 03/02/2020.

²¹ **Guia Alimentar para a População Brasileira**, 2ª Ed. Disponível em: <https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_alimentar_populacao_brasileira_2ed.pdf>, acesso em 03/02/2020.

com base no que veem nos comerciais, crianças e adolescentes, e a população em geral, são levados a acreditar que os alimentos ultraprocessados têm qualidade superior a dos demais ou que tornarão as pessoas mais felizes, atraentes, fortes, “supersaudáveis” e socialmente aceitas ou, ainda, que suas calorias seriam necessárias para a prática de esportes.

Se comerciais, anúncios, ofertas, promoções e embalagens são convincentes e sedutores para os adultos, para as crianças são ainda mais. As crianças estão em um processo especial de desenvolvimento e, sozinhas, ainda não conseguem compreender muitos dos elementos do mundo adulto. Cada vez mais precocemente, as crianças se constituem no público-alvo da publicidade de alimentos. Isso por conta da influência que exercem na escolha das compras das famílias e também porque estão formando hábitos de consumo que poderão prolongar-se pelo resto de suas vidas.” (grifou-se)

As crianças têm sido cada vez mais insufladas pela publicidade. O fenômeno é uma das causas da obesidade infantil, pois o artifício usado pela indústria alimentícia é associar alimentos ricos em gordura, açúcar ou sal²² - componentes cujo consumo constitui um grande fator de risco para as crianças desenvolverem DCNTs- com personagens infantis ou “brindes” e brinquedos.^{23, 24} Essas publicidades também costumam utilizar músicas e cores, o que estimula os sentidos das crianças e as instigam ao consumo de alimentos pobres em nutrientes.²⁵

Em termos gerais, é preciso que a publicidade infantil seja duramente combatida, tendo em vista a situação de dupla vulnerabilidade em que se encontram crianças e adolescentes, designada como hipervulnerabilidade. Segundo o Professor Adalberto Pasqualotto, especialista no tema da publicidade infantil, a

²² Luisa Machado, M.; Mello Rodrigues, V.; Bagolin do Nascimento, A.; Dean, M.; Medeiros Rataichesk Fiates, G. **Nutritional Composition of Brazilian Food Products Marketed to Children.** Nutrients , 2019, 11, 1214. Disponível em: <<https://www.mdpi.com/2072-6643/11/6/1214>>, acesso em 03/02/2020.

²³ MATTOS, M. C. et al . **Influência de propagandas de alimentos nas escolhas alimentares de crianças e adolescentes.** Psicol. teor. prat., São Paulo , v. 12, n. 3, p. 34-51, mar. 2010. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ptp/v12n3/v12n3a04.pdf>>, acesso em 03/02/2020.

²⁴ RODRIGUES. A.S. et al. **Associação entre o marketing de produtos alimentares de elevada densidade energética e a obesidade infantil.** Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0870902511700220>>, acesso em 03/02/2020.

²⁵ SCHIMDT, J.P.; GONÇALVES, A.S. **Publicidade infantil, regulação estatal e formação de valores em prol do consumo consciente.** Revista de Direito do Consumidor. Vol. 114. Ano 26. P. 147-175. São Paulo: Ed. RT, nov-dez. 2017.

hipervulnerabilidade da criança frente à publicidade não é um conceito abstrato nem retórico.²⁶ Nesse sentido, esclarece Pasqualotto:

“A vulnerabilidade agravada do consumidor-criança é demonstrada, principalmente, a partir da noção de que os infantes estão em processo de desenvolvimento físico-motor (crescimento orgânico e maturação neurofisiológica), intelectual (capacidade de pensamento e raciocínio), afetivo-emocional (modo particular do indivíduo integrar suas experiências) e social (maneira segundo a qual o indivíduo reage diante das situações que envolvem outras pessoas). Neste viés, considerando que a maturidade e estabilidade só são atingidas na fase adulta, tem-se que as crianças apresentam maiores dificuldades cognitivas em compreender a complexidade das mensagens mercadológicas, podendo até mesmo dizer que elas são dotadas de uma incapacidade de decifrar totalmente o significado das mensagens publicitárias.

(...)

Essa vulnerabilidade em relação à atuação negocial dos fornecedores no mercado ocorre principalmente por intermédio da publicidade infantil e das avançadas técnicas de *marketing*. Destarte, na busca pela igualdade, a vulnerabilidade fática potencializada da criança fundamenta um tratamento especial. A mitigação da desigualdade material nas relações de consumo em que se inserem os infantes passa pelo reconhecimento de sua hipervulnerabilidade, inclusive pela legislação²⁷.” (grifou-se)

Percebe-se, assim, que, por se enquadrar na sociedade como consumidora, a criança é vulnerável. A essa condição acrescenta-se a vulnerabilidade atrelada à tenra idade, que implica menor capacidade cognitiva. Daí a razão da criança ser duplamente vulnerável, isto é, hipervulnerável, necessitando de maior proteção por parte do Estado e da sociedade.

As campanhas publicitárias direcionadas ao público infantil se aproveitam do déficit cognitivo inerente à idade, para induzir crianças e adolescentes ao consumo de alimentos pobres em nutrientes. É por essa razão que esses informes publicitários são abusivos.

Em 2007, a publicidade de alimentos com alto teor de açúcares, sódio e gorduras foram as mais difundidas no Brasil. Oitenta e dois por cento das

²⁶ PASQUALOTTO, A. **Publicidade infantil deve respeitar direitos do consumidor e da criança.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-mai-11/garantias-consumo-publicidade-infantil-respeitar-direitos-consumidor-crianca> >, acesso em 03/02/2020.

²⁷ CARVALHO, Diógenes Faria de; OLIVEIRA, Thaynara de Souza. **A categoria jurídica de “consumidor-criança” e sua hipervulnerabilidade no mercado de consumo brasileiro.**

propagandas veiculadas na TV incentivaram as crianças a consumir esse tipo de alimento. Em 78% desses anúncios o consumo desses produtos foi explícito e, em 55,6%, foram utilizados desenhos animados²⁸. Satisfação, prazer e alegria foram os principais sentimentos comunicados. Os pais entrevistados relataram que a publicidade de alimentos influencia diretamente as escolhas de consumo da família.²⁹

Em pesquisa realizada pelo Datafolha, 85% dos pais entrevistados admitiram que a publicidade de alimentos produz efeitos diretos nos pedidos formulados pelas crianças. Setenta e cinco por cento deles concordaram que a oferta de prêmios e brindes tem um papel relevante na escolha das crianças. Essa pesquisa também apontou que para 73% dos pais a publicidade infantil na televisão deve ser proibida³⁰. A publicidade de alimentos e bebidas de elevada densidade energética e pobres em micronutrientes é, comprovadamente, um fator relevante e que contribui para a obesidade infantil. Por sua vez, esse quadro é bastante preocupante, pois o número de crianças obesas tem aumentado progressivamente no Brasil e no resto do mundo.

Nas palavras do Relator Especial sobre o Direito à Alimentação, “a quantidade e o efeito do investimento da indústria de alimentos na comercialização de produtos alimentícios não saudáveis são alarmantes”. A Relatora explica que para aumentar a demanda, são utilizadas técnicas como campanhas publicitárias persistentes, ofertas, contratos de exclusividade com pontos de venda de alimentos e estratégias de precificação e embalagem. A relatora continua: “as empresas de Fast Food tendem a usar táticas semelhantes às usadas pelas empresas de tabaco nos anos 80, quando a ciência começou a ligar o tabaco a sérios problemas de saúde. Algumas empresas até financiam pesquisas científicas e manipulam os resultados para que sejam favoráveis aos seus produtos ou adicionem uma quantidade mínima de ingredientes saudáveis para poder apresentá-los como saudáveis”³¹

A restrição da publicidade de fast-food destinada a crianças faz parte das recomendações da OMS, OPAS e UNICEF, para abordar o problema da obesidade infantil³². Na América Latina, isso é essencial porque a população em geral não tem

²⁸ MATTOS, M. C. et al. **Influência de propagandas de alimentos nas escolhas alimentares de crianças e adolescentes**. *Psicol. teor. prat.*, São Paulo, v. 12, n. 3, p. 34-51, mar. 2010. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/ptp/v12n3/v12n3a04.pdf>>, acesso em 03/02/2020.

²⁹ Idem.

³⁰ INSTITUTO DE PESQUISAS DATAFOLHA/INSTITUTO ALANA. **Consumismo na infância**; 2010. Disponível em: <<https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/02/137316452-Datafolha-Consumismo-Infantil-1.pdf>>, acesso em 03/02/2020.

³¹ Relatora Especial sobre el Derecho a la Alimentación de Naciones Unidas (2016) A/71/282 Disponível em: <<https://undocs.org/sp/A/71/282>>, acesso em 03/02/2020.

³² World Health Organization. **Set of recommendations on the marketing of foods and non-alcoholic beverages to children**. Disponível em:

conhecimento sobre os riscos para a saúde causados pelos maus hábitos alimentares, muitas vezes causados pelos efeitos da publicidade³³.

O nível de risco provocado pelos estratégias de marketing direcionadas às crianças que, de alguma forma, apelam para o consumo desses produtos justifica, no contexto da epidemia de obesidade infantil e de doenças crônicas não transmissíveis, seu combate imediato. Ao contrário do que pretende o órgão de defesa do consumidor, tais estratégias publicitárias não devem ser legitimadas por nenhum ato administrativo do Governo Federal, muito menos pelo seu órgão de defesa dos consumidores.

Por todo o exposto, ao planejar sua atuação no tema da publicidade de bebidas adoçadas (e não apenas de refrigerantes) dirigida às crianças, a Senacon deve pautar-se pela busca de seu banimento já com base na legislação vigente de defesa do consumidor, da criança e da saúde.

7. Das recomendações da OCDE sobre publicidade infantil. De acordo com o documento 9764412 constante no processo 08012.002887/2019-61, o Coordenador-Geral de Consultoria Técnica e Sanções Administrativas da Senacon fundamentou uma comunicação que direcionou para e-mails de algumas entidades públicas e privadas de defesa do consumidor com base na seguinte afirmação:

“a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE - entidade a que o Brasil busca aceder na condição de membro efetivo, estimula a adoção de indutores (insights) comportamentais nas políticas de defesa do consumidor, o que torna imperativo que esta Secretaria, no exercício de sua missão institucional, busque um alinhamento com tais práticas”.

Porém, a OCDE possui orientações muito mais específicas quanto à regulação de publicidade infantil para os países membros, como instrumento de enfrentamento da obesidade infantil. Nenhum desses documentos foi utilizado pela Senacon como premissa do processo administrativo, que pelo contrário, parte de pressupostos totalmente diferentes das recomendações da organização internacional.

<https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/44416/9789241500210_eng.pdf?sequence=1>, acesso em 03/02/2020.

³³ Organización Panamericana de la Salud. **Recomendaciones de la Consulta de Expertos de la Organización Panamericana de la Salud sobre la promoción y publicidad de alimentos y bebidas no alcohólicas dirigida a los niños en la Región de las Américas**; 2011. Disponível em: <[https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Experts-Food-Marketing-to-Children-\(SPA\).pdf](https://www.paho.org/hq/dmdocuments/2012/Experts-Food-Marketing-to-Children-(SPA).pdf)>, acesso em 03/02/2020.

Pesquisas publicadas pela OCDE³⁴ alertam para os impactos econômicos provocados pelas doenças crônicas não transmissíveis e os fatores de riscos relacionados à obesidade, e demonstram que políticas de prevenção à epidemia da obesidade influenciam o desenvolvimento econômico.

Para enfrentar a epidemia da obesidade, a organização internacional recomenda aos países membros que adotem políticas regulatórias que sejam capazes de efetivamente enfrentar os altos índices, especialmente no âmbito da infância:

“In the last few years, new policy strategies devised to fight obesity have emerged. This Obesity Update focusses on a selection of those, specifically at communication policies aimed to tackle obesity, in particular by improving nutrient information displayed on food labels, using social and new media to sensitise the population, or by regulating the marketing of food products. Better communication helps empower people to make healthier choices. However, comprehensive policy packages, including not only communication but also broader regulatory and fiscal policies, are needed to tackle obesity effectively.”³⁵ (grifou-se)

Ao analisar as experiências exitosas dos países membros, a OCDE vem destacando a regulação restritiva do marketing de alimentos não saudáveis e de bebidas adoçadas como instrumento de prevenção da obesidade infantil:

“A number of new policy initiatives to tackle obesity have emerged in the OECD countries over the last few years. Countries have used a large spectrum of policies [...] In recent years, most OECD countries have relied on the use of social media and new technologies, or have revised the arrangements for more traditional communication policies such as food labelling or regulation of marketing, in order to tackle the problem of obesity³⁶. [...] At least seven OECD countries have tightened regulation of advertising since 2011. This often applies to the marketing of potentially unhealthy foods and sweetened beverages directed to children and young adults. Bans on advertising of foods and beverages on TV and radio during hours when children are the main audience have been put in place in Chile, Iceland, Ireland, and Mexico.”³⁷ (grifou-se)

³⁴ OECD. **The Labour Market Impacts of Obesity, Smoking, Alcohol Use and Related Chronic Diseases**. OECD Health Working Papers No. 86. Disponível em: <<https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5jrqn5fpv0v-en.pdf?expires=1580827683&id=id&accname=guest&checksum=7D4CF33D458F9E34126BA5767285E6CD>>, acesso em 03/02/2020.

³⁵ OECD. **Obesity Update 2017**, p. 1. Disponível em: <<https://www.oecd.org/els/health-systems/Obesity-Update-2017.pdf>>, acesso em: 03/02/2020.

³⁶ Ibidem, p. 8.

³⁷ Ibidem, p. 11.

A proibição da publicidade de alimentos ultraprocessados e bebidas adoçadas direcionada às crianças e o seu banimento de ambientes infantis mereceu destaque nos mais recentes relatórios da OCDE, que inclusive indicou uma das primeiras experiências do Brasil nesse sentido, provavelmente se referindo à NBCAL que como instrumento de proteção à alimentação saudável proíbe no Brasil a comunicação comercial de produtos que se pretendem substituir o leite materno:

“In Chile, advertising food that exceeds the sodium, saturated fat, sugar and calories thresholds established by the Ministry of Health, directed to children under the age of 14, is restricted in any kind of media. In Canberra, Australia, advertising junk food, alcohol and gambling has been banned on municipal buses since 2015. In Latvia, the law has prohibited, since June 2016, the sale of energy drinks to children below age 18. It also prohibits advertising of these drinks before, during and after TV programmes targeting children less than 18 years of age, their advertising in educational establishments, as well as their association with sports facilities. Similar advertising restrictions have existed in neighbouring Lithuania since 2014. From 2015, the industry in Slovenia has voluntarily agreed to restrict soft drink advertising in school settings as well as in magazines and cinemas for children under the age of 12. In Poland, a law was implemented in 2015 to regulate promotion and advertising of foods sold at pre-schools, primary and secondary schools. In Spain, since 2015, educational and health authorities can allow any advertising and promotional campaigns in schools, but only when they believe that the activity would be of benefit to the interests of the minors. In Brazil, a new decree of 2015 regulates the commercial promotion of some products for infants that can interfere with breastfeeding.”³⁸
(grifou-se)

No Brasil, diversos são os projetos de lei em trâmite na Câmara e no Senado Federal que propõem a restrição da publicidade dirigida às crianças, especialmente justificadas na necessidade de proteção à saúde, na promoção da alimentação adequada e saudável, e no enfrentamento dos elevados índices nacionais de obesidade infantil. Nenhuma dessas propostas foi mencionada ou avaliada pela Senacon, o que configura não terem sido sequer levantadas propostas de soluções para o problema já em ampla discussão no Brasil.

Pelo exposto, se a finalidade da Senacon é adequar as políticas de defesa do consumidor à OCDE no tema da regulação da publicidade infantil, uma série de experiências exitosas de elevada restrição dessa atividade publicitária adotadas em países membros ou propostas semelhantes em trâmite no Poder Legislativo nacional

³⁸ Ibidem, p. 12.

deveriam ter sido objeto de ponto de partida do órgão brasileiro, e não a autorregulação publicitária (fortemente criticada pelos relatórios OCDE nesse campo, em razão da sua ineficiência). Ao contrário, nenhum comentário, evidência, ou análise a respeito dessas experiências recomendadas pela OCDE foram objeto da instauração do processo administrativo pela Senacon, o que reforça a perspectiva de desvio de finalidade da proposta de intervenção do órgão no tema.

8. O Manifesto coletivo “Publicidade Infantil já é Proibida”

Após a divulgação da pretensão da Senacon em regulamentar a publicidade infantil, diversas organizações historicamente envolvidas com a defesa das crianças contra o marketing direcionado ao público infantil assinaram um manifesto coletivo público por meio do qual reafirmam que a prática de publicidade de produtos e serviços direcionada a crianças já está proibida pelo Direito brasileiro e cobram da Senacon que aplique a legislação atual de defesa do consumidor e da criança contra tais práticas.

O manifesto disponibilizado publicamente na página eletrônica <https://publicidadeinfantilnao.org.br/secao/manifesto/>, que conta com a adesão do Idec, foi assinado por quase 100 instituições incluindo entidades da sociedade civil organizada e do poder público, como Procons de diversas cidades, além da ProconsBrasil. Destaca-se que entidades que denunciam as práticas de publicidade abusiva dirigida às crianças, e órgãos com competência fiscalizatória e punitiva, afirmam pelo referido manifesto que

“[...] nos espanta a Secretaria Nacional do Consumidor – Senacon, órgão máximo do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, vinculado ao Ministério da Justiça, apresentar uma proposta de regulamentação da publicidade infantil que ignora a legislação existente, desconsidera todo acúmulo de pesquisas e estudos conceituados e, ainda, parece querer enfraquecer as regras atuais. O texto abre espaço para que empresas possam, em casos específicos, falar diretamente com a criança, sem a mediação de pais, mães ou responsáveis. Além de ferir a legislação existente, a proposta desconsidera princípios e boas práticas esperados de um órgão da administração pública voltado à defesa do consumidor: uma participação ampla e aberta de outras instituições especialistas nesse debate e uma redação original e colaborativa, em vez da transcrição de trechos do código de autorregulamentação publicitária.”

Até a presente data mais de 800 pessoas assinaram individualmente o manifesto, reforçando a afirmação que a Senacon, ao pretender “regulamentar” a

publicidade infantil, especialmente a partir de um processo administrativo com graves vícios de motivação, de iniciativa, de finalidade, de competência e de licitude do objeto, acaba por legitimar práticas consideradas ilegais pelos Tribunais e por órgãos administrativos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

IV) CONCLUSÃO

9. Do posicionamento do Idec sobre a consulta pública em discussão. Diante de todos os apontamentos, de forma e de mérito, registrados nesta Carta, e, à luz de sua missão institucional, o Idec recomenda à Secretaria Nacional do Consumidor que:

- a)** Exerça sua prerrogativa de autotutela administrativa, reconhecendo os vícios de iniciativa, de competência, de motivação e de objeto que maculam o processo administrativo 08012.002887/2019-61;

- b)** Suspenda a consulta pública em trâmite, para reinício do referido processo administrativo, observando-se os princípios que regem as atividades da Administração Pública no Estado Democrático de Direito, impedindo-se a ocorrência de todos os vícios e irregularidades elencados acima;

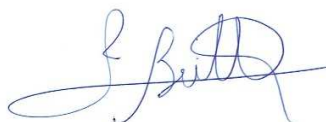
c) Reveja sua iniciativa e pretensão de baixar portaria sobre o tema, considerando suas competências legais.

São Paulo, 27 de fevereiro de 2020.




Teresa Donato Liporace

Diretora Executiva



Igor Britto

Diretor de Relações Institucionais
OAB/DF 54.565



Ana Paula Bortoletto

Doutora em Nutrição pela USP
Coordenadora do Programa de
Alimentação Saudável



Christian Tárik Printes

Coordenador do Departamento
Jurídico
OAB/SP 316.680



Mariana Gondo

Advogada
OAB/SP 352.069