



EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUÍZA CYNTHIA THOMÉ DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE SÃO PAULO

Ação Declaratória nº 0000782-96.2010.8.26.0053

Instituto Alana, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, inscrita no CNPJ/MF sob n. 05.263.071/0001-09, com sede e foro no município de São Paulo, SP, Rua Fradique Coutinho, n. 50, 11º andar, bairro de Pinheiros, CEP 05416-000, e filial na cidade do Rio de Janeiro, RJ, Rua General Dionísio, n. 14, bairro Humaitá, CEP 22271-050, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, nesse ato representado por suas procuradoras que esta subscrevem (docs. 1 a 3), vem, respeitosamente, à presença de V. Exa., nos autos da ação anulatória de ato administrativo em epígrafe ajuizada pela empresa Pandurata Alimentos Ltda. (“Pandurata”) em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon/SP, requerer sua admissão ao presente feito na qualidade de *Amicus Curiae*, nos termos do artigo 138 do Código de Processo Civil, e pelas razões a seguir expostas.

I. Síntese da demanda.

Trata-se de ação anulatória ajuizada pela Pandurata, detentora da marca Bauducco, contra o Procon/SP em janeiro de 2010, pela qual requer a nulidade de sanção administrativa no valor de R\$ 105.493,33 aplicada pelo órgão, em razão de direcionamento de publicidade a crianças por meio da campanha 'É Hora do Shrek'.

A promoção foi lançada no mesmo período de estreia do terceiro filme da série de animação Shrek, entre os dias 12.6.2007 e 19.8.2007. De acordo com o regulamento, a criança que juntasse cinco embalagens de qualquer produto alimentício da linha 'Gulosos Bauducco' e pagasse mais R\$5,00 ganhava um relógio exclusivo do filme, o qual não poderia ser adquirido separadamente.

A campanha foi pensada para conversar e atingir diretamente o público infantil, valendo-se de diversas outras estratégias: (i) distribuição de panfletos em grandes redes de cinema, explicando a promoção e divulgando os quatro modelos de relógios colecionáveis; (ii) filme publicitário veiculado em mídia televisiva repleto de elementos com forte apelo entre as crianças; (iii) site na internet criado especialmente para divulgar a promoção, que continha jogos e dialogava com a criança por meio do uso de linguagem imperativa.

Na peça inicial, a Autora sustenta que (i) não houve qualquer ilicitude na campanha publicitária 'É Hora do Shrek'; (ii) ausência de violação ao Código de Defesa do Consumidor, especialmente ao artigo 37, parágrafo 2º, e (iii) ofensa à liberdade de expressão publicitária; (iv) a multa aplicada seria ilegal e ofenderia o princípio da razoabilidade.

O Procon/SP contestou a ação defendendo a legalidade do procedimento adotado, bem como dos critérios utilizados para a fixação do valor da multa. Também sustentou a ilegalidade da campanha, nos termos do art. 37, §2º, do CDC. Ainda, ressaltou que o Conar - Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária, não à toa, já teria se manifestado acerca da abusividade da peça publicitária 'É Hora do Shrek', determinando sua suspensão.

Em dezembro de 2010, a ação foi julgada procedente. Na r. sentença, este D. Juízo entendeu que não se poderia admitir a aplicação de penalidade frente à questão que se encontraria "sub judice".

Inconformado, o Procon/SP interpôs recurso de apelação. Em setembro de 2011, a 11ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deu provimento ao recurso do órgão para cassar a r. sentença e determinar a suspensão do curso do processo até o trânsito em julgado de ação

civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra a empresa, também em razão da campanha publicitária 'É Hora do Shrek'.

II. O cabimento do *amicus curiae*.

A figura do *amicus curiae* tem por objetivo a pluralização do debate jurisdicional em casos de grande relevância pública. Trata-se de manifestação de entidades, organizações e especialistas estranhos à causa e que não possuem interesse próprio na demanda, mas sim especialidade e notoriedade em relação ao tema discutido, podendo contribuir para a solução do pleito com subsídios de fato e de direito relevantes sobre a matéria.

A possibilidade de ingresso em uma demanda na condição de *amicus curiae* está fundamentada no artigo 138 do Código de Processo Civil, que assim dispõe, *in verbis*:

Art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação (grifos nossos).

Da leitura do dispositivo supratranscrito, nota-se que, para a admissão em demanda na qualidade de *amicus curiae*, devem ser atendidos os seguintes critérios: a representatividade e especialidade do manifestante, como também a relevância da matéria, a especificidade do tema ou a repercussão social da controvérsia.

Como se passa a demonstrar, todos os requisitos da lei estão cumpridos, visto que o **Instituto Alana**, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, é entidade que há mais de uma década atua diretamente no tema da publicidade infantil, inclusive de produtos alimentícios, tema de grande relevância social no âmbito da defesa dos direitos do consumidor e da infância.

a) Representatividade adequada.

O **Instituto Alana** é uma organização da sociedade civil, sem fins lucrativos, que aposta em programas que buscam a garantia de condições para a vivência plena da infância. Criado em 1994, o **Instituto Alana** é mantido pelos rendimentos de um fundo patrimonial desde 2013 e tem como missão “honrar a criança” [<http://www.alana.org.br>].

Dentre suas finalidades institucionais estão:

- (i) “elaborar representações e denúncias dirigidas aos órgãos oficiais competentes com relação a situações de violação de direitos das crianças e adolescentes que tiverem conhecimento”;
- (ii) “elaborar e promover ações judiciais coletivas diversas, entre elas ações civis públicas, pertinentes às suas áreas de atuação e/ou em prol dos interesses de seus associados dentre outras, aquelas referentes especialmente a discussões sobre relações de consumo na infância e ao consumismo ao qual estão expostas as crianças”;
e
- (iii) “elaborar e promover intervenções judiciais diversas, entre elas o *amicus curiae*, em ações que versem sobre violações de direitos ou tenham interesse de crianças e adolescentes”.

Para divulgar e debater ideias sobre as questões relacionadas aos direitos da criança no âmbito das relações de consumo e perante o consumismo ao qual são expostas, assim como para apontar meios de minimizar e prevenir os prejuízos decorrentes da comunicação mercadológica voltada ao público infantil, criou o programa **Criança e Consumo** [criancaconsumo.org.br] em 2006.

Por meio do **Criança e Consumo**, o **Instituto Alana** procura disponibilizar instrumentos de apoio e informações sobre os direitos do consumidor nas relações de consumo que envolvam crianças e acerca do impacto do consumismo na sua formação, fomentando a reflexão a respeito da força que a mídia, a publicidade e a comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil possuem na vida, nos hábitos e nos valores dessas pessoas ainda em formação.

Há 12 anos, a atuação do **Criança e Consumo** ocorre por meio do envio de cartas e notificações às empresas, formalização de denúncias encaminhadas aos órgãos competentes para proteção, promoção e defesa dos direitos de crianças e consumidores, atuação em ações judiciais que versem sobre assuntos de relevância pública que envolvam o desenvolvimento de estratégias de ação

de comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil, bem como incidência na formulação e execução de políticas públicas e legislativas sobre o direcionamento da publicidade voltadas ao público infantil em prol da garantia dos direitos da criança, além da realização de campanhas de mobilização social, educação e comunicação.

O **Instituto Alana** integra ou tem representação nas seguintes instituições e organizações: Conanda - Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (doc. 4); Comissão de Liberdade de Expressão e Direito à Comunicação do Conselho Nacional de Direitos Humanos (doc. 5); Condecon Paulistano - Conselho Municipal de Defesa do Consumidor (doc. 6); Câmara Técnica do Procon Paulistano sobre publicidade direcionada às crianças (doc. 7); Consea - Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (doc. 8); RNPI - Rede Nacional da Primeira Infância (doc. 9); Comitê de Acompanhamento pela Sociedade Civil para a Classificação Indicativa do Ministério da Justiça (doc. 10); e Conselho Consultivo da Ouvidoria-Geral da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (doc. 11).

Em março de 2013, ganhou a medalha de ouro da Ordem do Mérito Judiciário da Justiça do Trabalho da 15ª Região (doc. 12), por sua relevante e consistente atuação jurídica em defesa das crianças nas relações de consumo, em especial no campo da comunicação mercadológica e da publicidade comercial, bem como assinou Termo de Cooperação com o Ministério Público de São Paulo (doc. 13), com o Ministério Público de Santa Catarina (doc. 14), ambos para atuação conjunta no combate à publicidade direcionada a crianças, e com o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (doc. 15), em parceria com a Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, para defesa e promoção dos direitos da criança na primeira infância.

Assim, tendo em vista sua missão institucional e considerando o trabalho desenvolvido e o conhecimento acumulado ao longo desses 12 anos na defesa dos direitos da criança no âmbito das relações de consumo, tem o **Instituto Alana** reconhecida legitimidade e representatividade adequada para levar ao conhecimento deste D. Juízo subsídios relevantes sobre o tema, colaborando, desse modo, para o enriquecimento do debate.

b) Especificidade do tema.

A publicidade dirigida diretamente à criança – pessoa com menos de 12 anos de idade – é prática comum de diversas empresas, de qualquer tipo de produto (alimento, brinquedo, material escolar, vestuário, etc.) ou serviço (curso de idiomas, hotelaria e/ou turismo, companhia aérea, etc.), em qualquer meio de comunicação (televisão, internet, rádio, meios impressos, outdoors

etc.) ou espaço de convivência da criança (parques públicos, escolas, parques de diversão, canais infantis etc.).

Diante desse cenário, o **Criança e Consumo**, do **Instituto Alana**, com base na legislação brasileira vigente e em diversos estudos que compreendem a criança como pessoa em peculiar fase de desenvolvimento físico, psíquico e cognitivo, tem buscado, ao longo de seus 12 anos de existência, questionar e denunciar essa prática por meio do envio de cartas e notificações às empresas e representações aos órgãos do poder público competentes, como Procon, Defensoria Pública, Ministério Público, entre outros.

Nesse sentido, cumpre ressaltar que o **Criança e Consumo**, do **Instituto Alana**, já atuou em diversos casos que versam sobre publicidade de produtos alimentícios direcionada ao público infantil, por exemplo:

- Outubro de 2018: envio de representação ao Procon/SP, denunciando a empresa Dr. Oetker Brasil Ltda. em virtude da veiculação de campanha publicitária dirigida ao público infantil para a divulgação da promoção 'Zoobremesas', que associava a obtenção de mochilas colecionáveis no formato de animais ao consumo de produtos da marca¹.
- Dezembro de 2010: envio de denúncia ao Procon Municipal da cidade de Franca contra a empresa Pandurata Alimentos Ltda. em razão do desenvolvimento de estratégia publicitária dirigida ao público infantil para a divulgação da promoção 'Bichinhos dos Sonhos', pela qual as crianças que juntassem cinco embalagens de qualquer produto da marca mais R\$9,99 ganhavam um bichinho de pelúcia em formato de animal².
- Maio de 2015: envio de representação ao Ministério Público do Estado de São Paulo, denunciando a ilegalidade das estratégias publicitárias praticada pela empresa McDonald's ao direcionar sua comunicação mercadológica diretamente ao público infantil com o intuito de promover seu combo McLanche Feliz – Hora de Aventura³;

¹ Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/acoes/dr-oetker-promocao-zoobremesas/>. Acesso em 5.10.2018.

² Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/acoes/pandurata-alimentos-bauducco-promocao-bichinhos-dos-sonhos/>. Acesso em 5.10.2018.

³ Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/acoes/arcos-dourados-comercio-de-alimentos-ltda-mclanche-feliz-hora-da-aventura/>. Acesso em 5.10.2018.

- Setembro de 2015: envio de representação ao Procon-PR, denunciando a empresa Danone em razão da prática de publicidade abusiva dirigida ao público infantil por meio da venda de miniaturas da mascote da marca, o Dino, junto ao produto alimentício Danoninho⁴.
- Setembro de 2017: envio de representação ao Procon/SP denunciando as ações de *merchandising* da empresa de refrigerantes Dolly no canal “Vlog da Juju”, da personagem Juju Almeida da telenovela “Carinha de Anjo”, produzida pelo SBT e destinada ao público infantil⁵.

Destaca-se, ainda, que o **Instituto Alana** foi admitido, na condição de *amicus curiae*, em ações judiciais que discutem o tema da publicidade voltada ao público infantil, a saber:

- Recurso Especial no 1.558.086/SP, que considerou abusiva publicidade dirigida ao público infantil pela empresa Bauducco, relativa à campanha de produtos alimentícios da linha Gulosos Shrek, objeto de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2007. O caso teve início após representação do **Instituto Alana**, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, ao órgão (Doc. 16);
- Recurso Especial 1.613.561/SP, que considerou abusiva a comunicação mercadológica direcionada a crianças promovida pela empresa Sadia S.A. por meio da promoção ‘Mascotes Sadia’, lançada pela marca durante os Jogos Pan Americanos do Rio de 2007, e que foi objeto de atuação pela Fundação Procon de São Paulo após envio de denúncia do **Criança e Consumo**, do **Instituto Alana**, ao órgão (Doc. 17);
- Recurso de Apelação nº 1001885-82.2014.8.26.0053, nos autos de ação anulatória ajuizada pela empresa Bauducco em face do Procon/SP, que discute multa aplicada pelo órgão em virtude do desenvolvimento de ações de comunicação mercadológica dirigidas ao público infantil para a divulgação da promoção ‘Bichinhos dos Sonhos’. O caso teve início após representação do **Instituto Alana**, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, ao órgão de defesa do consumidor no ano de 2010 (Doc. 18);
- Ação Civil Pública nº 1127739-71.2016.8.26.0100, ajuizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, em face da empresa McDonald’s, uma vez que considerou abusiva a ação publicitária dos Shows do Ronald, promovidos em creches e instituições de ensino do Estado de São Paulo. O caso teve início após representação do **Instituto**

⁴ Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/acoes/danone-ltda-mini-dinos-e-dino-profissoes/>. Acesso em 5.10.2018.

⁵ Disponível em: <http://criancaeconsumo.org.br/acoes/dolly-e-sbt-acoes-de-merchandising-no-canal-vlog-da-juju-setembro2017/>. Acesso em 5.10.2018.

Alana, por meio do seu programa **Criança e Consumo** ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (DPDC-Senacon-MJ) e ao Ministério da Educação no ano de 2013 (Doc. 19).

- Recurso de Apelação nº 0014146-33.2013.8.26.0053, nos autos de ação anulatória ajuizada pela rede de televisão SBT em face do Procon/SP, que discute multa aplicada pelo órgão devido ao desenvolvimento de ações de comunicação mercadológica dirigida a crianças por meio da veiculação de ações de merchandising durante a exibição da novela Carrossel. O **Instituto Alana**, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, realizou levantamento entre os dias 21.5.2012 e 13.8.2012, que identificou a exibição de 40 cenas de *merchandising* dirigidas a crianças inseridas no contexto da própria trama (Doc. 20).
- Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.631, proposta pela ABERT – Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 13.582/2016, que regula a publicidade dirigida ao público infantil de alimentos e bebidas pobres em nutrientes e com alto teor de açúcar, gorduras saturadas ou sódio, em rádio e televisão, das 6h às 21h, e no interior de instituições de ensino (Doc. 21).

Ademais, a atuação do **Instituto Alana** a respeito, especificamente, da estratégia comercial da campanha publicitária ‘É Hora de Shrek’ já percorre um longo caminho.

Em 4.7.2007, o **Criança e Consumo** encaminhou notificação à Bauducco a respeito dos abusos da promoção. Como a empresa não respondeu, foi enviada representação ao Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP) relatando as ilegalidades cometidas.

O MP-SP propôs ação civil pública em face da empresa em julho de 2008. Paralelamente, o Procon/SP também avaliou o caso e aplicou multa à empresa de R\$ 105.493,33 no ano de 2011.

A ação civil pública foi julgada improcedente em primeira instância. Após recurso do MP-SP, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença para condenar a Bauducco “*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*”, e ao pagamento de indenização à sociedade no importe de R\$300 mil.

Em setembro de 2013, a empresa interpôs Recurso Especial, o qual teve seu seguimento negado, e, na sequência, Agravo em Recurso Especial, que foi convertido em REsp pelo STJ.

Nesse momento, o **Instituto Alana**, por meio de seu programa **Criança e Consumo**, requereu seu ingresso no feito na condição de *amicus curiae*, o que foi deferido pelo I. Ministro Relator Humberto Martins (doc. 16).

Em março de 2016, a Segunda Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, reconheceu a abusividade da publicidade infantil realizada pela Bauducco, como também da prática de venda casada, em reconhecimento à prioridade absoluta do direito das crianças, inclusive nas relações de consumo.

Ainda inconformada, a Pandurata interpôs Recurso Extraordinário, não admitido pelo STJ. Em ato contínuo, apresentou Agravo. Esse último recurso foi analisado pelo I. Ministro Celso de Mello, relator do recurso, que, em decisão publicada em maio de 2017, manteve inalterada a decisão do STJ sob o entendimento de que o caso envolve discussão de ordem infraconstitucional, ou seja, de aplicação do CDC, de modo que não seria admissível ao STF, a quem cabe analisar demandas em que houve ofensa expressa à Constituição Federal, julgá-lo.

Diante disso, a empresa interpôs Agravo Regimental a fim de reformar a decisão. Em outubro de 2017 foi publicado acórdão proferido pela C. Segunda Turma do STF, negando provimento ao agravo da empresa. A ação transitou em julgado em 13.12.2017.

Destaca-se, pois, a importante atuação do **Instituto Alana** em casos que versam sobre publicidade dirigida ao público infantil, inclusive os relacionados à temática de produtos alimentícios ultraprocessados e a oferta de brinquedos e outros itens colecionáveis, em especial nos autos da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público, também contra a empresa Autora.

Assim, evidencia-se que é imprescindível a admissão do **Instituto Alana** ao presente feito na qualidade de *amicus curiae*, comprovada a relação direta entre sua finalidade institucional e o objeto jurídico controvertido nos autos, bem como sua competência, relação com o tema, comprometimento na defesa dos direitos das crianças e a capacidade de trazer importantes contribuições para a discussão ora debatida.

c) Relevância da matéria.

Destaca-se que a publicidade infantil está na agenda de debates do poder público, dos meios de comunicação (doc. 22) e da sociedade como um todo, tendo sido, no ano de 2014, tema da redação do ENEM – Exame Nacional do Ensino Médio, impactando, diretamente, todos os estudantes que fizeram a prova, assim como seus familiares e professores.

Em outubro de 2017, foi lançada pelo Conselho Federal da OAB a campanha “OAB por uma Infância Livre da Publicidade Comercial”, que objetiva sensibilizar a sociedade e apresentar os impactos negativos do direcionamento de publicidade ao público infantil (doc. 23).

Na XXIII Conferência Nacional da Advocacia Brasileira, realizada pela OAB – Ordem dos Advogados do Brasil entre os dias 27 e 30 de novembro de 2017, em São Paulo, o professor Adalberto Pasqualotto, da Faculdade de Direito da PUC Rio Grande do Sul, participou do Painel 24 - Direito do Consumidor com o tema da publicidade infantil.

No mais, ressalta-se que o E. Superior Tribunal de Justiça, em valorosa decisão proferida no – já mencionado acima – julgamento do Recurso Especial nº 1.558.086, publicada em 15.4.2016, confirmando acórdão do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e já transitada em julgado no E. Supremo Tribunal Federal, considerou abusiva a própria publicidade veiculada pela empresa Bauducco relativa à campanha em questão, que também foi objeto de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em 2007, nos termos da ementa que segue⁶ (doc. 24):

“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

⁶ REsp no 1558086. Relator: Min. Humberto Martins. Recorrente: Pandurata Alimentos. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. d.j. 10.3.2016. Publicação do acórdão em 15.4.2016

maior razão, em contexto de marketing que utiliza ou manipula o universo lúdico infantil (art. 39, I, do CDC (...))” (grifos inseridos)

Em seu voto, o I. Ministro Humberto Martins, relator do caso, decidiu pela valorização do papel dos pais ao afirmar que:

“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)” (Voto do I. Ministro Humberto Martins; grifos inseridos)

Em abril de 2017, o Tribunal da Cidadania, em novo julgamento histórico⁷, ratificou que a publicidade dirigida ao público infantil é abusiva, e, portanto, ilegal, e manteve a multa de mais de R\$ 305 mil aplicada à Sadia pelo Procon/SP, no ano de 2009, em razão do desenvolvimento pela marca da campanha ‘Mascotes Sadia’ durante os Jogos Pan Americanos do Rio de 2007⁸.

Diante do exposto, evidente a relevância da matéria, no âmbito da defesa dos direitos do consumidor e da infância, especialmente nos termos do artigo 227 da Constituição Federal, artigos 4º, 5º, 6º, 7º, 17, 18 e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, artigos 36, 37, §2º, e 39, IV, do Código de Defesa do Consumidor, Resolução nº 163 de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda, e artigo 5º do Marco Legal da Primeira Infância.

III. Das Razões

a) Legislação aplicável ao caso.

A publicidade direcionada ao público infantil, apesar de comum, é ilegal no Brasil. Essa ilegalidade, focada na proteção da criança como público-alvo da mensagem publicitária, abrange os anúncios de todos os produtos e serviços ofertados, assim como todos os meios de comunicação que atinjam a criança e espaços de convivência. Contudo, infelizmente, empresas ainda insistem nessa

⁷ REsp no 849.512. Relator: Min. Herman Benjamin. Recorrente: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor do Estado de São Paulo (Procon-SP). Recorrido: Sadia S/A. Julgamento: 25.4.2017.

⁸ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI257821,31047-STJ+mantem+multa+aplicada+a+Sadia+por+publicidade+infantil+abusiva>. Acesso em 5.10.2018.

prática de direcionar suas estratégias de comunicação mercadológica diretamente a esse público.

Pois bem. A criança é pessoa em peculiar fase de desenvolvimento físico, cognitivo, social e psíquico, o que a torna presumidamente hipervulnerável⁹ nas relações de consumo e frente às mensagens publicitárias. Diante disso, a legislação brasileira é bastante rigorosa e protetiva contra as ações de comunicação mercadológica voltadas ao público infantil ao definir como abusiva e, portanto, ilegal a publicidade direcionada à criança, por abusar da deficiência de seu julgamento e experiência.

As ações de comunicação mercadológica são ilegais porque desrespeitam a sociedade como um todo, uma vez que a prioridade absoluta (art. 227, CF) da proteção dos direitos da criança é um valor constitucional fundamental, que pode e deve ser sobreposto a outros interesses, especialmente aos exclusivamente comerciais que orientam a veiculação de publicidade dirigida ao público infantil, inclusive por se tratar de um público hipervulnerável e que está vivendo uma fase peculiar de seu desenvolvimento biopsicológico.

Da leitura do artigo 227 da Constituição Federal, é importante ter em mente que a responsabilidade pelas crianças não é exclusiva das famílias, visto que o artigo dispõe que, além delas, também Estado e sociedade, o que inclui empresas, meios de comunicação social e população em geral, também devem assegurar os direitos das crianças com absoluta prioridade.

A Convenção sobre os Direitos das Crianças, internalizada no Brasil por meio do Decreto nº 99.710/1989, determina que o tratamento jurídico dispensado a crianças seja definido pelos parâmetros de direitos humanos e da proteção integral. No mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante a prioridade absoluta dos direitos das crianças, seu melhor interesse e proteção integral.

O Marco Legal da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), em seu artigo 5º, estabelece como prioridade, na promoção de políticas públicas para a primeira infância, a proteção contra toda a forma de pressão consumista e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

A regulamentação da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro é feita, desde 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor. **O código consumerista no tocante ao público infantil, em seu artigo 37, §2º, define**

⁹ Miragem, Bruno. Curso de direito do consumidor / Bruno Miragem. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

como abusiva e, portanto, ilegal toda publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança. O artigo 36 determina que toda publicidade deve ser facilmente identificável, e o artigo 39, inciso IV, proíbe práticas de fornecedores que buscam convencer o consumidor valendo-se de suas fraquezas ou ignorância em razão de sua idade.

Ao reconhecer que a publicidade direcionada ao público infantil vale-se da deficiência de julgamento e experiência das crianças, o código consumerista busca garantir o melhor interesse delas e protegê-las dos abusos praticados pelo mercado de consumo, em consonância ao disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

No mais, com o objetivo de complementar o disposto no CDC e reforçar o caráter de ilegalidade da publicidade direcionada ao público infantil, a Resolução nº 163 do Conanda, publicada em 2014, definiu critérios para a identificação das estratégias de publicidade e comunicação mercadológicas abusivas diante de um caso concreto, a partir da fixação de elementos típicos, como promoções, linguagem infantil, personagens e celebridades infantis, animações, ofertas de brindes colecionáveis, entre outros.

b) Direito da criança é valor social protegido nas relações de consumo: interesses econômicos não podem se sobrepor aos interesses da infância.

Como exposto acima, o **Criança e Consumo**, nessa mais de uma década de atuação, constatou e atuou em inúmeras ações de comunicação mercadológica dirigidas às crianças, inclusive de produtos alimentícios.

A despeito de a veiculação de publicidade infantil ser habitual, ela não pode ser considerada normal, tampouco legal. Como o foco de proteção são as crianças, enquanto destinatárias da mensagem, e não o tipo de produto ou serviço anunciado, **a proibição da publicidade infantil abrange os anúncios de todos os produtos e serviços, assim como todos os espaços e meios de comunicação que atinjam a criança.**

Portanto, o cerne da questão não é impedir uma marca de anunciar seus produtos, mas sim garantir que todas as empresas respeitem a legislação brasileira, que protege a criança com prioridade absoluta, inclusive nas relações de consumo.

Isso implica fazer com que empresas, inclusive a Autora, revejam suas estratégias publicitárias e anunciem seus produtos aos adultos, detentores do poder de compra, e não às crianças, para que não sejam essas transformadas em verdadeiras promotoras de vendas de marcas e produtos.

Não há que se falar em censura ou restrição à liberdade de expressão da anunciante nesses casos. A publicidade é uma atividade econômica que, para ser exercida, deve respeitar direitos fundamentais, como aqueles de crianças e de consumidores. Apesar de legal e legítima, não representa a livre manifestação de pensamentos e ideias, mas sim a vocalização de interesses comerciais de anunciantes, com o objetivo de persuadir o seu público-alvo.

Além disso, mesmo diante de um cenário em que a criança não seja mais o público-alvo das estratégias de comunicação mercadológica, ela não seria blindada, porque a publicidade não deixaria de existir e ela teria contato com anúncios impressos, comerciais televisivos e *banners* na internet. A diferença é que a mensagem não seria criada especialmente para seduzir as crianças, com elementos próprios para falar com esse público, como, por exemplo, ações em escolas, uso de personagens, comerciais televisivos com a presença de celebridade infantil, oferta de prêmios em concursos, etc.

Ora, não se ensina direção para crianças de seis anos pensando que poderão tirar a carteira de motorista aos 18, pois tudo tem seu tempo. Tampouco se estimula o consumo de bebidas alcoólicas na infância, mesmo sabendo que esse tipo de produto existe e é comercializado, e que poderá ser consumido na fase adulta. Porque, então, anunciar para crianças, achando que elas precisam ter contato com a publicidade para que saibam lidar com esse tipo de mensagem quando adultas, senão para que sejam consumidoras dos produtos da marca desde muito cedo?

As consequências diretas de valores e hábitos consumistas, estimulados desde a infância, são sentidas, atualmente, por toda nossa sociedade. A discussão a respeito do superendividamento das famílias é uma realidade. O mesmo pode se dizer dos atos de violência associados a desejos de consumo, que afetam em inúmeros casos pessoas muito jovens e vulneráveis.

Como já apontado acima, o tema da publicidade infantil está na agenda de debates do poder público, dos meios de comunicação, das próprias empresas e da sociedade como um todo, inclusive a indústria de alimentos.

c) A influência da comunicação mercadológica de produtos alimentícios sobre as crianças.

São inúmeras as estratégias comerciais desenvolvidas por empresas que fazem parte de um conjunto maior de ações de comunicação mercadológica de produtos alimentícios que impactam, desde muito cedo, as crianças em seus hábitos alimentares. Esse tipo de estratégia comercial focada no público infantil realizada por diversas empresas é um dos fatores responsáveis, também, pela

transição nutricional da população brasileira, e, ainda, pela obesidade infantil, além de consumismo, materialismo, diminuição de brincadeiras livres e criativas e outras consequências.

Assim, merece destaque a recente versão do Guia Alimentar para a População Brasileira, publicado em 2014 pelo Ministério da Saúde¹⁰, que cita a publicidade, especialmente quando direcionada a crianças, como um obstáculo à alimentação saudável por estimular o consumo habitual de produtos alimentícios ultraprocessados e influenciar o aumento dos índices de obesidade infantil no Brasil.

A propósito, é cabível ressaltar que, de acordo com pesquisa Datafolha encomendada pela ACT – Promoção da Saúde, realizada em agosto de 2016 com 2573 pessoas de 160 municípios¹¹, sobre iniciativas de regulação de alimentos ultraprocessados, 72% dos entrevistados afirmaram ser contra a publicidade de refrigerantes para crianças. Outras 67% disseram ser contra a publicidade de salgadinhos e 64% de sucos industrializados. Além disso, 60% afirmaram ser contrários a qualquer tipo de publicidade dirigida a crianças (doc. 25).

Nesse sentido, a pesquisa *Overcoming obesity: An initial economic analysis*¹², lançada pela consultoria McKinsey Global Institute, revela dados alarmantes em relação à obesidade no Brasil e no mundo. Segundo o estudo, a obesidade causa no Brasil um prejuízo equivalente a 2,4% do PIB nacional, o que significa R\$ 110 bilhões, segundo dados de 2014. Nesta conta estão os custos com a queda da produtividade, gastos com sistema de saúde e os investimentos necessários para reduzir os impactos da obesidade.

Ainda, a Organização Pan-Americana de Saúde – OPAS lançou, em 2012, o documento recomendatório “Promoção e Publicidade de alimentos e bebida não alcoólicas para crianças nas Américas”¹³. A primeira das 13 principais recomendações da OPAS, estabelece que o Ministério da Saúde, por meio de seus aparelhos institucionais, assumam a responsabilidade pelo processo de regulação da promoção e da publicidade de alimentos, e o documento lista

¹⁰ Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2014/novembro/05/Guia-Alimentarpara-a-pop-brasileira-Miolo-PDF-Internet.pdf>. Acesso em 5.10.2018.

¹¹ Disponível em: <http://criancaconsumo.org.br/wp-content/uploads/2017/03/16.pdf>. Acesso em 5.10.2018.

¹² Disponível em: <http://www.mckinsey.com/industries/healthcare-systems-and-services/ourinsights/how-the-world-could-better-fight-obesity>. Acesso em 5.10.2018.

¹³ Recommendations from a Pan American Health Organizations Expert Consultation on the Marketing of Food and Non-Alcoholic Beverages to Children in the Americas. Disponível em: http://www.paho.org/bra/index.php?option=com_docman&view=download&alias=1431-recommendations-from-a-pan-american-health-organization-expert-consultation-on-marketing-food-non-alcoholic-beverages-to-children-in-americas-1&category_slug=seguranca-alimentar-e-nutricao-997&Itemid=965. Acesso em 5.10.2018.

ações concretas e práticas a serem adotadas pelo Estado de forma a consolidar-se uma política para reduzir a exposição infantil à promoção e à publicidade de alimentos com elevado teor de gordura, açúcar ou sal, com a meta de diminuir os riscos à saúde das crianças.

Ainda, o Conselho Nacional de Saúde – CNS elaborou a Resolução CNS nº 408/2008, que traz entre suas diretrizes, para a promoção da alimentação saudável com impacto na reversão da epidemia de obesidade e prevenção das doenças crônicas não transmissíveis, a regulamentação da publicidade infantil:

“8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada” (grifos inseridos).

Diante desse cenário, Excelência, e em razão das consequências nocivas da publicidade de produtos alimentícios à saúde das crianças, que há empresas que vêm se comprometendo a adequar suas práticas comerciais, de modo a proteger as crianças contra os abusos do mercado publicitário.

Em 25.8.2009, 24 empresas do setor alimentício firmaram, perante a Associação Brasileira de Anunciantes – Aba e a Associação Brasileira de Indústrias Alimentícias – Abia, um compromisso público pelo qual se comprometeram a modificar suas práticas de marketing, limitando o direcionamento de publicidade a crianças, em postura institucional similar à já adotada em outros países¹⁴.

No mais, em setembro 2016, 11 grandes empresas do setor de alimentos e de bebidas não alcoólicas (a Autora não é signatária do compromisso) também divulgaram um novo compromisso de autorregulamentação sobre o direcionamento de publicidade para crianças em diferentes suportes de mídia, pelo qual assumem o compromisso de ampliar seu papel na política de *marketing* e publicidade mais responsável para as crianças, avançando em alguns pontos com relação as diretrizes do compromisso estabelecidas no ano de 2009, por meio da adoção de critérios nutricionais padronizados e únicos e monitoramento das empresas signatárias. Além disso, o compromisso define

14

Disponível

em:

<http://www.aba.com.br/wpcontent/uploads/content/eeb27899c2ec0eb64030d1800a93a315.pdf>.

Acesso em 5.10.2018.

que audiências infantis são aquelas cujo público é composto por 35% ou mais de crianças abaixo de 12 anos. O critério anterior era de 50% ou mais¹⁵.

O compromisso acompanha um movimento internacional e baseia-se na Política Global de Comunicação de Marketing para Crianças da *International Food & Beverage Alliance (IFBA)*, anunciada em 2014. O acordo brasileiro entrou em vigor em 1º de janeiro de 2017 e as empresas teriam até 31 de dezembro de 2017 para se adaptarem.

O **Criança e Consumo** enxerga a iniciativa como um avanço, pois indica que o mercado reconhece os impactos à saúde da publicidade de alimentos e bebidas não saudáveis direcionada ao público infantil, entendimento que vem sendo defendido por organizações internacionais como ONU, OMS e OPAS, especialistas em saúde pública e entidades da sociedade civil.

Ocorre que, a despeito da existência de regras de autorregulamentação acerca da publicidade direcionada ao público infantil, o modelo está longe de, sozinho, resolver o problema, pois não prevê que as empresas deixarão de se comunicar, direta ou indiretamente, com as crianças, de modo que não se mostra suficiente para coibir de forma efetiva os abusos dessa prática, devendo ser amparada em uma base mais rígida e sólida de legislação estatal.

Cumprir mencionar também que, apesar da importância, sobretudo dentro do campo concorrencial, iniciativas de autorregulamentação, como as realizadas por meio de compromissos corporativos ou pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – Conar, apresentam deficiências e limitações, pois são aplicáveis apenas aos seus signatários, e não a todas as empresas do mercado, situação essa que pode ser alterada a qualquer tempo, de acordo com a vontade exclusiva das companhias.

Além disso, cumpre ressaltar que regras de autorregulamentação não se sobrepõem, de forma alguma, à legislação que protege os direitos das crianças, com absoluta prioridade, segundo seu melhor interesse, inclusive nas relações de consumo, que deve ser aplicada, indistintamente, pois todos têm o dever de proteger os direitos das crianças.

Diante disso, é importante, em primeiro lugar, que as empresas respeitem a legislação vigente no Brasil e assumam uma postura mais ética e responsável visando a garantia dos direitos das crianças por meio do fim da

15

Disponível

em:

http://www.publicidaderesponsavel.com.br/carta_compromisso_pela_publicidade_responsavel_para_crianças.pdf. Acesso em 5.10.2018.

prática de direcionamento de qualquer tipo de comunicação mercadológica a esse público.

No mais, deve-se respeitar a faixa etária da infância, em razão de sua importância em nosso desenvolvimento social, assim como proteger a criança do mercado publicitário para que faça o que é inerente à infância: brincar livremente, sem depender da intermediação de marcas.

IV. Pedido.

Diante de todo o exposto, comprovadas a relevância da matéria discutida e a especificidade do tema objeto da presente demanda e tendo em vista sua missão institucional e o conhecimento acumulado ao longo desses 12 anos na defesa dos direitos da criança no âmbito das relações de consumo, o **Instituto Alana**, por meio do seu programa **Criança e Consumo**, possui condições e o dever de contribuir para a solução da presente demanda, de modo que requer a sua admissão no feito na qualidade de *amicus curiae*.

Por fim, requer que todas as publicações relativas a presente demanda, para que válidas e vinculativas, sejam realizadas exclusivamente em nome das advogadas Ekaterine Valente Karageorgiadis, OAB/SP 236.028, e Livia Cattaruzzi Gerasimczuk, OAB/SP 359.230, ambas com endereço comercial na Rua Fradique Coutinho, 50, 11º andar, 05416-000, Pinheiros, São Paulo-SP.

Termos em que, pede deferimento.
São Paulo, 16 de outubro de 2018

Instituto Alana
Criança e Consumo

Isabella Henriques
OAB/SP 155.097

Ekaterine Karageorgiadis
OAB/SP 236.028

Livia Cattaruzzi Gerasimczuk
OAB/SP 359.230

Ana Luiza Palmerio Procopio Silva
Acadêmica de Direito