



São Paulo, 1 de abril de 2013

Exmo. Sr. Deputado Estadual

Samuel Moreira

Av. Pedro Álvares de Cabral, 221- 2º Andar – gabinete 2014 a 2017

São Paulo - SP

CEP: 04097-970

C/c Exmo. Dep. Alex Manente

Ref. **Pedido de rejeição do veto e promulgação do Projeto de Lei 1096/2011 para defesa dos direitos da criança e o combate da obesidade infantil.**

Exmo. Sr. Presidente da Alesp,

haja vista que o Projeto de Lei (PL) nº 1096/2011 foi vetado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo no dia 19.03.2013, o **Instituto Alana**, vem, respeitosamente, requerer que seja rejeitado tal veto pela Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo (Alesp), como forma de proteger e efetivar os direitos da criança e promover o combate à obesidade infantil no estado de São Paulo.

SUMÁRIO

- I. Sobre o Instituto Alana.
- II. O Projeto de Lei aprovado na Alesp: PL n° 1096/2011.
- III. A comunicação mercadológica dirigida à criança e a verdadeira epidemia de obesidade e sobrepeso infantil.
- IV. A relação desigual e nociva da criança com a comunicação mercadológica e a publicidade a ela dirigidas.
- V. Legitimidade e demanda social por restrição da comunicação mercadológica dirigida ao público infantil.
- VI. Competência Legislativa do Estado de São Paulo de proteger, efetivar e promover os direitos da Criança no PL n° 1096/2011.
- VII. Iniciativas de autorregulamentação por parte de empresas do setor alimentício.
- VIII. A legislação brasileira em vigor.
- IX. A criança é prioridade absoluta, tanto na Constituição Federal, como na Constituição Paulista.
- X. A necessária promulgação do PL n° 1096/2011.

I. Sobre o Instituto Alana.

O **Instituto Alana** é uma organização sem fins lucrativos, que trabalha em várias frentes para encontrar caminhos transformadores que honrem as crianças, garantindo seu desenvolvimento pleno em ambiente de bem-estar. Com projetos que vão desde a ação direta na educação infantil e o investimento na formação de educadores até a promoção de debates para a conscientização da sociedade, tem o futuro das crianças como prioridade absoluta. [alana.org.br].

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 mercadológica¹ voltada ao público infantil, criou o **Projeto Criança e Consumo da Área de Defesa** [defesa.alana.org.br].

Por meio do **Projeto Criança e Consumo**, o **Instituto Alana** procura disponibilizar instrumentos de apoio e informações sobre os direitos do consumidor nas relações de consumo que envolva 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.

As grandes preocupações do **Projeto Criança e Consumo** são com os resultados apontados como consequência do investimento maciço na mercantilização da infância, a saber: o consumismo e a incidência alarmante de obesidade infantil; a violência na juventude; a erotização precoce e irresponsável; o materialismo excessivo e o desgaste das relações sociais; dentre outros.

Nesse âmbito de trabalho, o **Projeto Criança e Consumo** defende o fim de toda e qualquer comunicação mercadológica que seja dirigida às crianças — assim consideradas as pessoas de até 12 anos de idade, nos termos da legislação vigente —, a fim de, com isso, protegê-las dos abusos reiteradamente praticados pelo mercado.

¹ O termo ‘comunicação mercadológica’ compreende toda e qualquer atividade de comunicação comercial para a divulgação de produtos e serviços independentemente do suporte ou do meio utilizado. Além de anúncios impressos, comerciais televisivos, *spots* de rádio e *banners* na internet, podem ser citados, como exemplos: embalagens, promoções, *merchandising*, disposição de produtos nos pontos de vendas, etc.

II. O Projeto de Lei aprovado na Alesp: PL nº 1096/2011.

O PL nº 1096/2011, de autoria do Exmo. Deputado Estadual Alex Manente, determina que:

“Artigo 1º - Fica proibida a venda de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos de qualquer tipo no Estado de São Paulo.”

Dessa forma, ficarão vedadas as práticas comerciais que se utilizam de distribuição de brinquedos vinculados a alimentos, como, por exemplo, o combo de lanches com brinquedos colecionáveis ou promoções de outros produtos alimentícios que distribuem brinquedos ou brindes como forma de incrementar suas vendas.

Tal iniciativa da Alesp encontra-se em consonância com as diretrizes de promoção de hábitos de alimentação saudáveis para crianças e a proteção de seus direitos. Nos Estados Unidos, nas cidades de Santa Clara e São Francisco, leis semelhantes foram aprovadas proibindo igualmente a prática comercial abordada pelo PL nº 1096/2011.²

No Brasil, o município de Florianópolis aprovou em junho de 2012 a Lei nº 8985 que vedou a “a comercialização de lanche acompanhado de brinde ou brinquedo de qualquer tipo”. O município do Rio de Janeiro promulgou a lei nº 5528 de 25/09/2012, que proíbe a comercialização de lanches acompanhados de brindes e brinquedos, em estabelecimentos comerciais situados no âmbito do município do Rio de Janeiro.

Ressalta-se, entretanto, que no âmbito da esfera estadual, a aprovação do PL nº 1096 de 2011 será pioneira e certamente servirá como exemplo para que outros estados da Federação adotem semelhantes políticas públicas e legislativas que consideram como prioridade absoluta o melhor interesse da criança no combate à obesidade infantil.

III. A comunicação mercadológica dirigida à criança e a verdadeira epidemia de obesidade e sobrepeso infantil.

Transição Nutricional da população brasileira

O Brasil vem passando por um profundo processo de transição nutricional, em que o problema da desnutrição (embora ainda não totalmente erradicado) é substituído pelo da má-nutrição. Os resultados da Seção de Antropometria e Estado

² http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201207192118_EST_81420857

Nutricional da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) 2008-2009, consolidados pelo IBGE e apresentados oficialmente em 2010, revelam um salto no número de crianças de 5 a 9 anos com excesso de peso ao longo de 34 anos: em 2008-09, 34,8% dos meninos estavam com o peso acima da faixa considerada saudável pela OMS. Em 1989, este índice era de 15%, contra 10,9% em 1974-75. Observou-se padrão semelhante nas meninas, que de 8,6% na década de 70 foram para 11,9% no final dos anos 80 e chegaram aos 32% em 2008-09.³

A POF 2008-2009 revela que o excesso de peso e a obesidade são encontrados com grande frequência, a partir de 5 anos de idade, em todos os grupos de renda e em todas as regiões brasileiras. Em 2008, o excesso de peso afetava 33,5% das crianças de 5 a 9 anos, sendo que 16,6% do total de meninos e 11,8% do total de meninas também eram obesos. O excesso de peso foi maior na área urbana do que na rural: 37,5% e 23,9% para meninos e 33,9% e 24,6% para meninas, respectivamente.

O Sudeste apresentou as maiores taxas, com 40,3% dos meninos e 38% das meninas com sobrepeso nessa faixa etária. Essa região se destacou também por ter mais de um quinto de uma população infantil obesa em 2008-09: 20,6% dos meninos.

A pesquisa mostra, ainda, que, desde 1989, houve um forte crescimento dos meninos de 5 a 9 anos com excesso de peso nas famílias dos 20% da população com menor renda, passando de 8,9% para 26,5%. Na faixa da população com maior rendimento, o aumento foi de 25,8% para 46,2% no mesmo período. A obesidade, que atingia 6% dos meninos das famílias de maior renda em 1974-75 e 10% em 1989, foi registrada em 23,6% deles em 2008-09.

Dentre as causas apontadas para a alteração do perfil profissional das crianças estaria o aumento do consumo de produtos ricos em açúcares simples e gordura e a presença de TV e computador nas residências.⁴

Por outro lado, a POF 2008-2009 apontou que o déficit de peso entre as crianças de 5 a 9 anos foi baixo em todas as regiões, oscilando ao redor da média nacional de 4%, resultados que estão de acordo com a progressiva queda da desnutrição infantil observada pela POF.⁵

³

Disponível

em

http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1699&id_pagina=1. Acesso em 15.2.2012.

⁴ Informação coletada em artigo da ABESO – Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade e da Síndrome Metabólica, conforme dados do Estudo Nacional da Despesa Familiar (ENDF) e da Pesquisa sobre Padrões de Vida (PPV). Autoria: Cecília L. de Oliveira e Mauro Fisberg.

⁵ “Excesso de peso foi diagnosticado em cerca de um terço dos meninos e meninas, excedendo, assim, em mais de oito vezes a frequência de déficit de peso. Quadros de obesidade corresponderam a cerca de um terço do total de casos de excesso de peso no sexo feminino e a quase metade no sexo masculino.” Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF/ 2008-2009. Antropometria e Estado Nutricional de Crianças, Adolescentes e

Esses dados corroboram com a percepção de que a questão da desnutrição se complexificou no país. Ou seja, não se trata mais apenas de combater a fome, mas de também enfrentar a má-nutrição.

Alteração dos hábitos alimentares da população e sua associação com o crescimento da epidemia de obesidade e o aumento de incidência de doenças crônicas não transmissíveis

A transição nutricional apontada vem ocorrendo em razão de uma rápida mudança de comportamentos alimentares na população como um todo. Um estudo realizado sobre os hábitos alimentares de crianças e adolescentes em escolas públicas e particulares de Belo Horizonte revela um pouco deste processo de mudança na alimentação da população brasileira⁶:

“A maioria dos escolares (88.4%) apresentou hábitos alimentares em que predominava dieta rica em gordura saturada (agrupamento de escores de Block: dieta típica norte-americana + dieta rica em gorduras + dieta muito rica em gorduras), apenas 11,6% tinham alimentação pobre em gorduras. Em relação ao consumo de frutas, vegetais e fibras, 64,1% consumiam de forma muito inadequada (pobre) esses alimentos (dieta muito inadequada pelo escore de Block); 35,9% tinham consumo inadequado (dieta inadequada); e nenhum aluno apresentou dieta adequada de frutas, vegetais e fibras.”

Vale reforçar que o crescimento dos índices de obesidade traz consigo muitas outras doenças crônicas associadas, como diabetes, problemas circulatórios e câncer, o que é alarmante, ainda mais quando as vítimas são crianças.

Diante de uma população cada vez mais afetada por essas enfermidades, aumentam vertiginosamente os gastos do Estado brasileiro com o sistema de saúde pública e de seguridade social, pois mais e mais cidadãos se tornam incapacitados para o trabalho em consequência de seus problemas de saúde. Os gastos para o Sistema Único de Saúde que atingem a cifra de quase 1 bilhão de reais, como mais adiante será exposto, poderiam ser evitados caso a população tivesse acesso adequado a informações nutricionais que lhe permitissem a escolha de uma dieta saudável, ao invés de ser bombardeada pela publicidade de produtos ultraprocessados e com altos níveis de sal, açúcar, gorduras, além de baixo valor nutricional, tal como ocorre.

Adultos no Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Rio de Janeiro, 2010, p. 49.

⁶ Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação da Faculdade de Medicina da Universidade Federal de Minas Gerais por Ana Elisa Ribeiro Fernandes, em 2007.

Para tentar combater o crescimento da epidemia de obesidade, especialmente entre as crianças, órgãos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), há muito discutem o tema, tendo apresentado recomendações que vêm sendo seguidas, por diversos países, por meio da criação de mecanismos regulatórios.

Nesse sentido, o governo brasileiro, em 2005, iniciou a elaboração de uma proposta de regulamentação de alimentos não saudáveis e bebidas de baixo valor nutricional, o que envolveu representantes de diversos setores interessados no tema (profissionais da área de saúde e de comunicação, juristas, setor regulado, agentes do governo). O trabalho desenvolvido culminou, em junho de 2010, na publicação da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 24/2010⁷. Apesar de tímida quanto à proteção da saúde das crianças, o documento representa um passo importante na matéria.

Ainda com vistas à proteção da saúde da população, em 2011 foi lançado o Plano de Ações Estratégicas para o Enfrentamento das Doenças Crônicas não Transmissíveis (DCNT)⁸, plano plurianual válido até 2022. O documento foi apresentado pela Exma. presidenta Dilma Roussef na Reunião de Alto Nível da Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas, especialmente convocada para tratar das DCNT, em setembro de 2011, em Nova York.

O Plano aborda quatro doenças principais (doenças do aparelho circulatório, câncer, respiratórias crônicas e diabetes) e seus fatores de risco (tabagismo, consumo nocivo de álcool, inatividade física, alimentação inadequada e obesidade). Segundo dados constantes do plano apresentado, as DCNT são um problema de saúde de grande magnitude, e correspondem a 72% de causa de mortes, tendo havido um acréscimo das taxas de mortalidade por diabetes e câncer na última década. Dentre os fatores de risco apontados, estão o consumo de alimentos com alto teor de gordura e de refrigerantes em 5 ou mais dias por semana.

Para diminuir o impacto das DCNT na saúde da população, o plano plurianual prevê a redução da prevalência de obesidade em crianças e adolescentes, o que envolve a elaboração de um Plano Intersetorial de Obesidade, acordos com a indústria para redução de sal e açúcar nos alimentos, e restrições ao marketing de alimentos e bebidas com excesso de sódio, gorduras e açúcar, especialmente para crianças.

⁷http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/34565380474597549fd4df3fbc4c6735/RDC24_10_Publicidade+de+alimentos.pdf?MOD=AJPERES

⁸ Disponível em http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/cartilha_plano.pdf. Acesso em 27.2.12.

A influência da comunicação mercadológica de alimentos de baixo valor nutricional no aumento das taxas de obesidade infantil

A questão da obesidade infantil e sua ligação com a mídia e estratégias de comunicação mercadológica tem sido objeto de diversos estudos. Sabe-se que a publicidade e o desenvolvimento de promoções com a distribuição de “brindes” aos pequenos é fator que interfere significativamente no consumo alimentar e na formação de hábitos alimentares entre os pequenos. De acordo com pesquisa realizada pelo DataFolha em janeiro de 2010⁹, guloseimas sem valor nutricional são os produtos mais desejados pelos pequenos, sendo que bolachas, refrigerantes e salgadinhos são os alimentos mais consumidos pelas crianças. Além disso, 85% dos pais afirmam que as peças publicitárias influenciam na escolha dos filhos.

Pesquisas realizadas por canais de televisão especializados em programação infantil apresentam conclusões similares.

O Cartoon Network¹⁰, dentre várias outras constatações, concluiu que “O mais fácil de pedir... e conseguir” (pelas crianças) é justamente o produto alimentício. De fato, com 56% de respostas, comidas, lanches e doces são os produtos mais fáceis de serem ‘conseguidos’ pelas crianças quando pedem aos adultos.

Por sua vez, o Nickelodeon¹¹ colocou os alimentos infantis, balas e doces, alimentos em geral e fast foods como alguns dos produtos a respeito dos quais a criança exerce alta influência na hora das compras, elegendo inclusive suas marcas. A mesma pesquisa Nickelodeon chega à conclusão, no Segredo nº 10, que “Criança é uma Esponja”, reconhecendo que os pequenos absorvem tudo o que veem e ouvem por meio da publicidade, motivo suficiente para que fosse ética e se abstinhasse de divulgar produtos alimentícios não saudáveis às crianças.

Daí porque todo o mercado alimentício, sabedor da influência das crianças na hora das compras das famílias, gera diariamente uma avalanche de diversas promoções e comunicações mercadológicas dirigidas às crianças para vender seus produtos, seja visando atingir as próprias crianças ou seus familiares adultos.

Não fosse suficiente o direcionamento de estratégia de comunicação mercadológica às crianças, cumpre observar que os produtos que estão sendo anunciados para o público infantil possuem enorme carência nutricional e altos

⁹ Disponível em

http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/Datafolha_consumismo_infantil_final.pdf. Acesso em 27.2.12.

¹⁰ Pesquisa CN.com.br

¹¹ Nickelodeon Business Solution Research. Ano: 2007

índices de açúcares e gorduras, substâncias que se consumidas em excesso podem resultar no desenvolvimento de sérios transtornos do comportamento alimentar, como obesidade e outras doenças crônicas associadas, como diabetes e hipertensão, tal como antes esclarecido.

Nesse sentido, artigo recente publicado na revista científica Nature¹², destaca que produção, venda e consumo de açúcar deveriam ser regulados tal como acontece com álcool e tabaco, em razão dos efeitos danosos que produzem no organismo. Obesidade e distúrbios metabólicos, que envolvem diabete, hipertensão, doenças no fígado e no coração, são as consequências do aumento de consumo de açúcar, que triplicou nos últimos 50 anos¹³. Certamente, o consumo excessivo de açúcar começa na infância, em grande parte estimulado pela alta carga de publicidade que atinge as crianças.

A criança seduzida pelos brinquedos — aliados às embalagens, ao site na internet, à publicidade nos pontos de venda, e às outras estratégias de comunicação mercadológica — continuamente se depara com novas necessidades construídas e passa a adotar hábitos alimentares pouco saudáveis, pautados mais pelo excesso do que pelo equilíbrio e balanceamento nutricional e energético.

Neste cenário, faz-se necessário que o Poder Público aja e crie políticas e leis que regulem as comunicações mercadológicas que estimulam o consumo excessivo de alimentos por crianças, as quais são tão facilmente atraídas pelas desiguais e abusivas estratégias publicitárias desenvolvidas.

IV. A relação desigual e nociva da criança com a comunicação mercadológica e a publicidade a ela dirigidas.

Com relação à publicidade e à comunicação mercadológica dirigida à criança, passa-se a demonstrar a necessidade de se proteger com prioridade absoluta também a integridade física e psíquica dessa pessoa, ainda em desenvolvimento físico e mental, bem como de sua personalidade e autonomia, contra os abusos dessa comunicação e estratégias que falam diretamente com ela.

Os meios de comunicação social de massa desempenham cada vez mais importante papel na formação da criança, ocupando tempo equivalente ou maior às outras consagradas instituições sociais como a família e a escola. Nesse sentido, pesquisa realizada pelo Painel Nacional de Televisão do Ibope (2011) concluiu que a criança brasileira, superando todas as outras crianças das diferentes nações do planeta, é a que mais passa tempo diariamente em frente a uma tevê: cerca de 5

¹² <http://www.livescience.com/18244-sugar-toxic-regulations.html>

¹³ Notícia disponível em <http://agencia.fapesp.br/15121>. Acessada em 27.2.2012.

horas (5 horas e 17 minutos).¹⁴ Ainda, outras pesquisas concluíram que as crianças brasileiras são as que mais usam internet e celular.¹⁵

Daí porque se constata que a criança brasileira é uma das campeãs em uso e consumo de mídias no mundo, fato que as torna alvo preferencial de todas as formas de publicidade. Por ser a grande usuária de plataformas de comunicação e também muito mais vulnerável aos apelos comerciais em relação ao público adulto, cada vez é maior o crescimento do *marketing* voltado ao público infantil, que vem sendo encarado como uma verdadeira porta de entrada para a influência nos hábitos de consumo da família em geral.

Dados apontam que essa influencia abrange quase todos os itens de consumo da família, desde o automóvel do pai, à cor do vestido da mãe, passando inclusive pelo próprio imóvel do casal – 80% em relação a tudo o que é comprado¹⁶.

Ressalta-se, ainda, que por estar em um processo inconcluso de resistência aos apelos externos, a criança é um indivíduo mais facilmente influenciável. Aproveitando-se disso o *marketing* e a publicidade direcionam todo seu arsenal de convencimento para elas, não só para a promoção de produtos pertencentes ao universo infantil, como também para produtos e serviços do público adulto.

A incapacidade bio-psíquica de entendimento da comunicação mercadológica pelas crianças

Conclusões de inúmeras pesquisas, pareceres e estudos comprovam que as crianças não conseguem apreender que por trás de todos os recursos gráficos, falas sedutoras, personagens, ídolos famosos, entre outros, o objetivo principal da comunicação comercial é a persuasão para o consumo do item anunciado.

Destaca-se o estudo do sociólogo sueco ERLING BJURSTRÖN, elaborado a pedido do Estado sueco, que concluiu que crianças, até por volta dos oito e 10 anos, não conseguem sequer distinguir publicidade de conteúdo de programação televisiva e crianças de até 12 anos não compreendem o caráter persuasivo da publicidade.

Corroborando com essa constatação, o professor de psicologia da Universidade de São Paulo YVES DE LA TAILLE, autoridade no Brasil no tema da psicologia do desenvolvimento infantil, em Parecer conferido sobre a questão ao Conselho Federal de Psicologia, ratificou o entendimento de que a publicidade tem maior possibilidade de induzir ao erro as crianças até os 12 anos, quando não

¹⁴ Paineil Nacional de Televisores (IBOPE), 2011, crianças entre 4 e 11 anos, classe ABC.

¹⁵ Packaged facts. The Kids Market, 2000.

¹⁶ Interscience. Informação e Tecnologia Aplicada. Outubro de 2003. [Acessado em 2008 Nov 7] Disponível em: URL: <http://www.interscience.com.br/site2006/index.asp> Packaged facts. The Kids Market, 2000.

possuem todas as ferramentas necessárias para compreender o real; que as crianças não têm a mesma capacidade de resistência mental e de compreensão da realidade que um adulto; e que as crianças não estão em condições de enfrentar com igualdade de força a pressão exercida pela publicidade no que se refere à questão do consumo.

Resta, então, explícita a condição duplamente peculiar da criança frente aos apelos do *marketing*, sendo alvo de fácil convencimento: (i) a criança é vulnerável devido ao seu processo inconcluso de formação física e psíquica; e (ii) a criança não entende a publicidade como tal, ou seja, seu caráter persuasivo.

Como se não bastasse esse consumo desproporcional e desigual estabelecido pela comunicação comercial dirigida às crianças, elas são expostas a um conteúdo que muitas vezes contribui para a intensificação de fatores, ligados ao consumismo, e prejudiciais ao desenvolvimento infantil.

V. PL nº 1096/2011: competência legislativa do estado de São Paulo de proteger, efetivar e promover os direitos da criança.

Inicialmente, cabe ressaltar que a Constituição Federal (CF) determinou em seu art. 227 um de seus, ao maiores valores constitucionais estabelecer que os direitos da criança, inclusive o direito à saúde e à proteção especial, devem ser efetivados com prioridade absoluta, dever esse válido para todos os entes da Federação.

Ainda, todos os entes federativos, inclusive o estadual, devem observar as garantias e os direitos fundamentais elencados pela CF, o que inclui o direito à saúde do art. 6º, *caput*, cabendo ao Estado, conforme art. 196, o dever de garantir esse direito “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Dessa forma, os estados possuem competência material comum, conforme o inciso II do art. 23, para “cuidar da saúde e assistência pública” dos cidadãos dentro de seu âmbito.

Especificamente sobre a competência legislativa concernente ao PL nº 1096/2011, o art. 24 é claro em afirmar que os estados possuem competência concorrente para legislar sobre: (i) produção e consumo (inciso V); (ii) proteção e defesa da saúde (inciso XII); e, em especial para ambos os PLs, (iii) proteção à infância e à juventude.

Assim, especificamente sobre o PL nº 1096/2011 que trata de uma prática comercial e de consumo de vinculação de brindes e brinquedos com alimentos, não

resta dúvidas sobre a competência do estado de São Paulo para legislar sobre o tema, especialmente no momento em que a proteção da infância (iii) e do direito à saúde (ii) encontram-se ameaçados por uma relação de consumo (i) abusiva.

Vale ressaltar que o PL nº 1096/2011 regula uma relação de consumo e não uma atividade de propaganda comercial, como argumentado na justificativa do veto proferido pelo Governo do estado de São Paulo¹⁷. Portanto, é um equívoco alegar a inconstitucionalidade do referido PL baseando-se no art. 22 da CF, inciso XXIX, que estabelece a competência privativa da união para legislar sobre propaganda comercial, visto que o PL não visa legislar sobre tal matéria.

Mesmo adotando a equivocada interpretação de que o PL 1096/2011 legislaria sobre propaganda comercial, mesmo assim, sua constitucionalidade ainda seria plena. Isso porque, ao abordar a matéria da propaganda comercial, cuja competência legislativa, a priori, seria privativa à União, conforme referido art. 22 da CF, inciso XXIX, há no caso do PL em epígrafe matérias presentes igualmente na competência concorrente do art. 24. Dessa forma, a análise do PL perpassa necessariamente as seguintes temáticas: (i) produção e consumo (inciso V, art. 24); (ii) proteção e defesa da saúde (inciso XII, art. 24); (iii) proteção à infância e à juventude (inciso XV, art.24); e (iv) propaganda comercial (inciso XXIX, art. 22).

Esse foi o mesmo caso da Lei nº 14.223 de 2006 da cidade de São Paulo, conhecida como Lei da 'Cidade Limpa', a qual proibiu todo tipo de publicidade externa, como outdoors, painéis em fachadas de prédios, backlights e frontlights.¹⁸

Apesar da existência privativa da União para legislar sobre propaganda comercial, o prefeito de São Paulo sancionou a Lei 'Cidade Limpa', proibindo a publicidade externa no município. Em consequência disso, muitas empresas de publicidade questionaram judicialmente tal Lei. Entretanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo, na via do controle concentrado, reconheceu a constitucionalidade da Lei, julgando improcedente a Adin nº 146.794-0/8-00, por considerar que a Lei Municipal não proíbe a exploração de anúncios publicitários em todos os espaços urbanos, apenas ajusta e condiciona o exercício dessa atividade privada à proteção do meio-ambiente urbano (meio-ambiente artificial) e da paisagem urbana, coibindo a poluição visual e primando pelo interesse coletivo.

Ainda sobre essa Lei, o pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes do Supremo Tribunal Federal a respeito da Lei n.º 14.223 na Suspensão de Liminar 161-2, ainda que provisório, é esclarecedor:

¹⁷http://www.imprensaoficial.com.br/PortalIO/DO/GatewayPDF.aspx?pagina=22&caderno=Legislativo&data=20/03/2013&link=/2013/legislativo/marco/20/pag_0022_2BCVKR8DJEBPGeE3RNS0BJ87RUK.pdf&paginaordenação=100022

¹⁸http://www3.prefeitura.sp.gov.br/cadlem/secretarias/negocios_juridicos/cadlem/integra.asp?alt=27092006L%20142230000.

“É situação que põe em xeque ato normativo que, até o presente momento, goza de plena presunção de constitucionalidade e que possui manifesto e elevadíssimo grau de interesse público (Lei 8.437/92, art. 4º, caput) por buscar promover bem comum de indiscutível essencialidade, indispensável à obtenção de uma melhor qualidade de vida no meio ambiente urbano de um Município que possui, segundo dados do IBGE, 10 milhões de habitantes e 1.523 km² de área territorial. A decisão ora contestada interfere, portanto, no direito constitucionalmente protegido ao meio ambiente equilibrado, garantido, nos termos do art. 225 da Constituição Federal, às presentes e futuras gerações. O inciso III desse mesmo dispositivo constitucional ainda dispõe caber ao Poder Público, no dever que possui de assegurar a efetividade do direito proclamado, a definição, em todas as unidades da Federação, dos espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos.”¹⁹

Dessa forma, observa-se que para o STF, quando há concorrência temática na legislação, deve-se atentar para o tema de maior relevância e que atende de melhor forma ao interesse público e coletivo. No caso da Lei da Cidade Limpa, tanto o tema da propaganda comercial, como o tema da proteção ambiental – que é de competência concorrente aos Estados segundo art. 24, VIII, e dos municípios segundo o interesse local –, estavam na legislação editada. Logo, sopesou o Ministro Gilmar Mendes que tal legislação "interfere no direito constitucionalmente protegido ao meio ambiente equilibrado, garantido, nos termos da Constituição, às presentes e futuras gerações", devendo o direito ao meio ambiente equilibrado sobrepor-se à propaganda comercial. Assim, mesmo que o Supremo não tenha se posicionado definitivamente, a Lei da 'Cidade Limpa' é claramente constitucional e atende aos interesses públicos da localidade.

Nesta mesma lógica, com relação à proibição da venda de alimentos acompanhados de brindes ou brinquedos no PL n° 1096/2011, de forma alguma extrapola a competência legislativa do Estado de São Paulo, pois tal legislação visa à proteção da infância (iii) e a proteção e defesa da saúde (ii) para equilibrar uma relação de consumo (i) patentemente abusiva.

Ainda corrobora para legitimidade estadual paulista para tratar do tema o fato de que no sopesamento das normas constitucionais envolvidas, o interesse público na proteção da criança e de seus direitos é absolutamente superior ao interesse privado da atividade publicitária, que não sofrerá uma restrição tão forte, uma vez que poderá ainda realizar publicidade de seus produtos para o público maior de 12 anos.

Sobre isso, o parecer 'A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil' do Professor

¹⁹ Suspensão de Liminar [SL] 161-2, Min. Gilmar Mendes, j. em 29-03-07.

Virgílio Afonso da Silva, Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, é contundente:

“Assim, a publicidade dirigida aos adultos pode continuar livremente, afinal de contas, são os adultos, e não as crianças, que são consumidores no sentido técnico-jurídico da palavra. É esse público – os adultos – que deve ser o alvo da publicidade. Contudo, e como se sabe, não é essa a situação atual da publicidade no Brasil. A publicidade dos produtos aqui analisados dialoga com as crianças, usa personagens do imaginário infantil, é veiculada nos intervalos de programas infantis, assistidos quase que exclusivamente por crianças. Diante disso, e como já se afirmou, são possíveis diversas configurações mais restritivas do que a situação atual. Seria possível, por exemplo, restringir a publicidade de alguns produtos aos horários em que praticamente só os adultos seriam atingidos (como faz a Grécia), ou proibir o patrocínio comercial de programas infantis (como fazem a Finlândia, a Dinamarca e a Suécia), ou restringir ou vedar publicidade de todos ou alguns os produtos durante ou logo após programas de TV dirigidos a crianças (como fazem a Áustria, o reino unido, a Austrália e a Bélgica), ou vedar o uso, na publicidade voltada à criança, de personagens do imaginário infantil ou de apresentadores de programas infantis (como o fazem Holanda, a Finlândia e a Dinamarca), ou proibir a publicidade de alguns tipos de brinquedos (como o fazem a Alemanha e a Dinamarca), ou restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de determinados alimentos (como o faz o Reino Unido), ou mesmo restringir totalmente a publicidade, dirigida às crianças, de qualquer produtos (como o fazem a Suécia e a Noruega), dentre várias outras medidas possíveis.”²⁰

Assim, é dever dos estados federativos, diante da abusividade da publicidade dirigida ao público infantil, utilizarem-se de políticas públicas e legislativas para restringir tais práticas e proteger a infância. O PL 1096/2011 aprovado pela Alesp caminha neste sentido ao diminuir os impactos da publicidade infantil de alimentos na formação de hábitos alimentares não saudáveis que contribuem para o crescimento da taxa de obesidade infantil no Brasil.

Cumpra, portanto, ao Poder Legislativo do estado de São Paulo, dar prosseguimento a essa importante iniciativa de efetivação dos direitos e garantias das crianças paulistas e realizar a promulgação do referido PL, o que certamente possui respaldo e legitimidade constitucional.

VI. Legitimidade e demanda social por restrição da comunicação mercadológica dirigida ao público infantil.

Cada vez mais se amplia a demanda por regras claras que restrinjam a publicidade dirigida à criança, dada a patente abusividade que ela apresenta. Durante

²⁰ Virgílio Afonso da Silva, A Constitucionalidade da Restrição da Publicidade de Alimentos e de Bebidas Não Alcoólicas voltada ao Público Infantil, 2012, p.27-28.

a 1ª Conferência Nacional realizada em 14.12.2009, elaborou-se por meio de um grande esforço conjunto entre a sociedade civil, sociedade civil empresarial e poder público, um relatório final [[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/relatorio aprovada completo.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/relatorio_aprovada_completo.pdf)] com princípios, diretrizes e recomendações para a formulação e implementação de políticas públicas de comunicação. Esse relatório foi resultado da votação em plenárias durante a Conferência, nas quais foram analisadas as propostas trazidas pelos delegados dos 27 estados da Federação, representantes de diferentes parcelas e interesses da sociedade.

Importante notar a expressiva quantidade de propostas aprovadas que tem como objetivo promover a proibição da publicidade dirigida ao público infantil, com intuito de efetivar as leis de proteção integral e especial no tocante à comunicação comercial. Foram as Propostas: **825**²¹ e **102**²², **774**²³ e **838**²⁴, **851**²⁵, **852**²⁶, **877**²⁷, **878**²⁸, **879**²⁹, **882**³⁰ e **887**³¹.

Ainda, ressalta-se a aprovação na 9ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente ocorrida em julho de 2012 em Brasília da seguinte moção, que apresentando a opinião do Sistema Nacional de Proteção e Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, apoia de forma incisiva a regulamentação da publicidade dirigida ao público infantil:

“Moção de apoio à regulamentação da publicidade dirigida às crianças para o Congresso Nacional
Considerando que cada vez mais crianças e adolescentes são intensamente impactados pela publicidade e comunicação mercadológica dirigidas a eles, que além de induzir o consumo irrefletido e excessivo propaga desvalores sociais – como a

²¹ Categoria PL, Código da Proposta 825, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 171 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²² Categoria PL, Código da Proposta 102, Eixo Temático Meios de Distribuição, Tema Publicidade, GT 7, página 88 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²³ Categoria PL, Código da Proposta 774, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 161 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²⁴ Categoria PL, Código da Proposta 838, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 175 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²⁵ Categoria PL, Código da Proposta 851, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 179 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²⁶ Categoria PL, Código da Proposta 852, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 179 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²⁷ Categoria PL, Código da Proposta 877, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 186 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²⁸ Categoria PL, Código da Proposta 878, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 186 do Caderno de Propostas Aprovadas.

²⁹ Categoria PL, Código da Proposta 879, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 187 do Caderno de Propostas Aprovadas.

³⁰ Categoria PL, Código da Proposta 882, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 188 do Caderno de Propostas Aprovadas.

³¹ Categoria PL, Código da Proposta 887, Eixo Temático Cidadania: Direitos e Deveres, Tema respeito e promoção da diversidade cultural, GT 15, página 189 do Caderno de Propostas Aprovadas.

obesidade infanto-juvenil, a erotização precoce, a violência, a insustentabilidade ambiental, o estresse familiar e a diminuição do brincar criativo, dentre outros; A 9ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente exige que os parlamentares do Congresso nacional, na figura dos presidentes do Senado e da Câmara Federais, definam com urgência o marco regulatório da restrição total da publicidade dirigida às crianças, assegurando a proteção integral e prioritária desses indivíduos face aos abusos mercadológicos.”³²

Isso se deve, em grande parte, do consenso entre diferentes estudiosos de que a criança, por estar um processo inicial de desenvolvimento psíquico e biológico, não possui as habilidades necessárias para responder com igualdade a pressão exercida pela comunicação comercial dirigida a ela, o que torna essa atividade explicitamente abusiva.

Ainda, cabe destacar o Manifesto ‘Publicidade Infantil Não!’³³ organizado por 140 entidades com grande representatividade no cenário brasileiro, contando com mais de 10.000 assinaturas. As entidades signatárias — dentre elas a CUT – Central Unida dos Trabalhadores, o IDEC – Instituto de Defesa do Consumidor, o Instituto Akatu, a UNE – União Nacional dos Estudantes, a Organização Mundial para Educação Pré-Escolar e o próprio Instituto Alana —, clamam enfaticamente que àqueles que representam os Poderes e os entes federativos da Nação comprometam-se com a infância brasileira e efetivamente promovam o fim da publicidade e da comunicação mercadológica voltada ao público menor de 12 anos, as crianças.

Regular a comunicação mercadológica dirigida ao público infantil não significa o fim da publicidade de produtos ou serviços

É importante ressaltar, uma vez mais, que a restrição da comunicação comercial dirigida ao público infantil não impedirá que publicidades de qualquer produto ou serviço sejam realizadas. A mudança intentada é no público-alvo: crianças não devem receber apelos comerciais e sim seus responsáveis.

Dessa forma, os adultos — que possuem um senso crítico e resistência aos apelos externos desenvolvidos — poderão receber as publicidades que hoje têm sido dirigidas às crianças, para assim realizarem as mais adequadas escolhas. Daí porque, nem a indústria, nem os anunciantes, perderão a oportunidade de anunciar seus produtos ou serviços, somente estarão adequados à ética e as normas vigentes no país. Não haverá sequer diminuição dos negócios ou dos investimentos realizados nos setores interessados.

³² Moção de Apoio aprovada na 9ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente.

³³ <http://www.publicidadeinfantilnao.org.br/>

Produtos do universo infantil, como brinquedos, não terão sua publicidade proibida, desde que seja dirigida aos adultos e fora de conteúdo midiático dirigido à criança, ou seja, no caso da televisão, por exemplo, fora do horário no qual crianças assistem tevê e dos intervalos comerciais de programas que tenham audiência infantil.

Necessidade de regular a comunicação mercadológica dirigida à criança e a experiência internacional

A despeito do entendimento de que já existem leis que protegem a criança em sua extrema vulnerabilidade (Estatuto da Criança e do Adolescente) e que regulam a publicidade (Código de Defesa do Consumidor), o que bastaria para se considerar proibida a publicidade ao público infantil, faz-se necessária leis específicas que estabeleçam os limites claros e específicos à mídia comercial dirigida à infância como um todo, pois os dispositivos legais existentes não são suficientemente específicos. Ainda, versam somente em publicidade, não abrangendo novas formas de comunicação mercadológica.

Esse entendimento de que o Estado deve balizar essa atividade segue as interpretações e tendências mundiais quanto à comunicação mercadológica dirigida à criança:

- SUÉCIA: (i) proibida publicidade na tevê dirigida à criança menor de 12 anos; (ii) proibido qualquer tipo de comercial que seja veiculado durante, imediatamente antes ou depois dos programas infantis (de produtos infantis ou adultos);
- NORUEGA: (i) proibida publicidade dirigida à criança; (ii) proibida publicidade durante programas infantis; (iii) a publicidade não pode ocupar mais de 15% do tempo de programação diária;
- INGLATERRA: (i) proibida publicidade de alimentos com alto teor de gordura, sal e açúcar dentro e durante a programação de TV com apelo ao público menor de 16 anos, a qualquer hora do dia ou da noite, em qualquer canal de TV; (ii) proibido o uso de cortes rápidos e ângulos diferentes para não confundir as crianças; (iii) proibido uso de efeitos especiais; (iv) proibida a publicidade para crianças que ofereça produtos ou serviços por telefone, correio, internet ou celular; (v) proibido uso de personagens ou personalidades infantis em comerciais antes das 21 horas;
- BÉLGICA: (i) proibida publicidade para crianças nas regiões flamengas; (ii) proibida publicidade 5 minutos antes e após programas infantis;
- ESTADOS UNIDOS: (i) limite de 10min30s de publicidade por hora nos finais de semana; (ii) limite de 12 minutos de publicidade por hora nos dias de semana; (iii)

proibida publicidade de sites com propósitos comerciais na programação de TV direcionada a menores de 12 anos; (iv) proibida a vinculação de personagens infantis à venda de produtos nos intervalos de atrações com os mesmos personagens;

- ALEMANHA: (i) programas infantis não podem ser interrompidos pela publicidade; (ii) a publicidade não deve usar crianças para apresentar vantagens especiais características de um produto que não seja adequado ao natural interesse e manifestação dela;

- CANADÁ: (i) pessoas e personagens conhecidos por crianças não podem ser usados para endossar e pessoalmente promover produtos, prêmios e serviços;

- IRLANDA: proibida qualquer publicidade durante programas infantis em TV aberta;

- DINAMARCA: proibida publicidade durante programas infantis, ainda 5 minutos antes e depois;

- HOLANDA: proibido comercial durante programas infantis em tevês públicas;

- ÁUSTRIA: proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas;

- PORTUGAL: proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas;

- LUXEMBURGO: proibido qualquer tipo de publicidade nas escolas;

- ITÁLIA: proibida publicidade durante programas infantis;

- GRÉCIA: proibida publicidade de brinquedos entre 7h e 22h;

VII. Iniciativas de autorregulamentação por parte de empresas do setor alimentício.

A título do que já vem sendo feito em outros países, empresas do setor alimentício decidiram adotar, no Brasil, Compromissos Públicos de Autorregulamentação Publicitária, por meio dos quais passariam, ao menos em tese, a pautar suas atividades de marketing por condutas mais éticas, particularmente no que se refere às crianças.

Nesse sentido, em 25.8.2009, 25 empresas assinaram perante a ABA — Associação Brasileira de Anunciantes — e a ABIA — Associação Brasileira de

Indústrias do Setor Alimentício — Compromisso Público³⁴ por meio do qual se comprometeram a:

“1. Não fazer, para crianças abaixo de 12 anos, publicidade de alimentos ou bebidas; com exceção de produtos cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas.

1.1. Os critérios mencionados serão adotados específica e individualmente pelas empresas signatárias.

1.2. Para efeito desse compromisso, as limitações são para inserções publicitárias em televisão, rádio, mídia impressa ou internet que tenham 50% ou mais de audiência constituída por crianças de menos de 12 anos.

2. Nas escolas, não realizar, para crianças com menos de 12 anos, qualquer tipo de promoção com caráter comercial relacionada a alimentos ou bebidas que não atendam aos critérios descritos anteriormente, exceto quando acordado ou solicitado pela administração da escola para propósitos educacionais ou esportivos.

3. Promover no contexto de seu material publicitário e promocional, quando aplicável, práticas e hábitos saudáveis, tais como a adoção de alimentação balanceada e/ou a realização de atividades físicas.

Para atender aos compromissos acima, as Empresas Participantes divulgarão e publicarão, pelos meios que julgarem adequados, até 31 de dezembro de 2009, suas próprias políticas individuais sobre publicidade para crianças, inclusive com os critérios nutricionais adotados. Tais políticas serão, obrigatoriamente, no mínimo alinhadas aos compromissos ora assumidos.”

Aderiram ao Compromisso Público as seguintes empresas: Companhia de Bebidas das Américas (AMBEV), BR Foods S/A, (Batavo), Venbo Comércio de Alimentos Ltda. (Bob’s), Burger King Corporation (Burger King), Cadbury Comércio de Alimentos (Cadbury), Recofarma Indústria Amazonas Ltda. (Coca-cola Brasil), Danone Ltda. (Danone), BR Foods S/A (Elegê), Chocolates Garoto S/A (Garoto), Ferrero do Brasil Ind. Doceira e Alimentar Ltda. (Ferrero), General Mills Brasil Ltda. (General Mills Brasil), Bimbo do Brasil Ltda. (Grupo Bimbo), Primo Schincariol Indústria de Cerveja e Refrigerantes S/A (Grupo Schincariol), Kellogg’s Brasil Ltda. (Kellogg’s), Kraft Foods Brasil S/A (Kraft Foods), Masterfoods Brasil Alimentos (Mars Brasil), Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda. (McDonald’s), Nestlé Brasil Ltda. (Nestlé Brasil), Parmalat S/A Indústria de Alimentos (Parmalat Brasil), Pepsico Alimentos Brasil Ltda. (Pepsico – Alimentos), Pepsi-Cola Indústria da Amazônia Ltda. (Pepsico – Bebidas), Brasil Foods S/A (Perdigão), Sadia S/A (Sadia), Unilever Brasil Ltda. (Unilever Brasil).

³⁴ <http://www.abia.org.br/anexos/publicidaderesponsavel.pdf>

Dessa forma, com a aprovação do referido PL, outras empresas, além das 25 que aderiram ao Compromisso, seriam contempladas, harmonizando a conduta legal de todas as empresas do setor. Além disso, com a promulgação desse PL maior coercitividade seriam dadas às diretrizes da autorregulamentação, a qual carece de instrumentos efetivos de policiamento do cumprimento das condutas assumidas pelas empresas.

VIII. A legislação brasileira em vigor.

Nesse ponto, cumpre esclarecer que o **Projeto Criança e Consumo** do Instituto **Alana**, além de se posicionar contra todas as formas de comunicação mercadológica voltada ao público infantil, entende que qualquer publicidade – que é uma das formas de comunicação mercadológica – dirigida ao público infantil já estaria proibida pelo ordenamento jurídico pátrio, mesmo que na prática ainda sejam encontrados diversos anúncios voltados para esse público – anúncios tais que o **Projeto Criança e Consumo** vem denunciando às autoridades competentes, como, por exemplo, Ministérios Públicos estaduais e federais e PROCONs, as quais, na maioria das vezes, têm tido entendimento semelhante, dando prosseguimento às respectivas denúncias.

No entanto, inobstante o referido entendimento de que a publicidade infantil já seria proibida pelo ordenamento brasileiro, não há dúvidas de que é imprescindível a existência de leis que regulem de forma específica e mais abrangente o tema da comunicação mercadológica dirigida à criança. Daí a necessidade de que o Projeto de Lei aprovado pela Alesp seja promulgado.

A hipossuficiência presumida da criança

A criança, por conta da peculiaridade de ser uma pessoa ainda em formação, será sempre considerada hipossuficiente em qualquer relação de consumo. Nesse sentido JOSÉ DE FARIAS TAVARES , ao estabelecer quem são os sujeitos infanto-juvenis de direito, observa que as crianças e os adolescentes são “legalmente presumidos hipossuficientes, titulares da proteção integral e prioritária”.

Em semelhante sentido, ANTÔNIO HERMAN DE VASCONCELLOS E BENJAMIN assevera:

“A hipossuficiência pode ser físico-psíquica, econômica ou meramente circunstancial. O Código, no seu esforço enumerativo, mencionou expressamente a proteção especial que merece a criança contra os abusos publicitários.

O Código menciona, expressamente, a questão da publicidade que envolva a criança como uma daquelas a merecer atenção especial. É em função do reconhecimento dessa vulnerabilidade exacerbada (hipossuficiência, então) que alguns parâmetros especiais devem ser traçados.”

Por serem presumidamente hipossuficientes, as crianças têm a seu favor a garantia de uma série de direitos e proteções, valendo ser observado, nesse exato sentido, que a exacerbada vulnerabilidade em função da idade é preocupação expressa do Código de Defesa do Consumidor, que no seu artigo 39, inciso IV proíbe, como prática abusiva, o fornecedor valer-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

Dispositivos Normativos

Um dos princípios fundamentais que rege a publicidade no país é o princípio da identificação da mensagem publicitária, estatuído no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, a qual determina de que a publicidade seja facilmente entendida como tal pelo público ao qual se dirige.

Ora, como demonstrado, existem inúmeras pesquisas, pareceres e estudos realizados não só no Brasil, como no exterior, demonstrando que as crianças não têm condições de entender as mensagens publicitárias que lhes são dirigidas, por não conseguirem distingui-las da programação na qual são inseridas, nem, tampouco, compreender seu caráter persuasivo e a própria complexidade das relações de consumo.

Dáí tem-se que as crianças não conseguem identificar a publicidade como tal e, portanto, qualquer estratégia publicitária que lhes seja dirigida viola o princípio da identificação da mensagem publicitária, infringindo o disposto no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor – diploma legal este que se originou por competência delegada da Constituição Federal no artigo 5º, XXXII, motivo pelo qual se pode inferir ser a garantia dos direitos do consumidor integrante do rol de direitos fundamentais da Carta Magna.

Mas não é só. Toda e qualquer publicidade voltada ao público infantil também contraria a proibição estatuída no artigo 37 § 2º do mesmo diploma legal, no sentido de que a publicidade não pode se aproveitar da deficiência de julgamento e experiência da criança, caso contrário será considerada abusiva por atentar contra esse valor da sociedade, de proteção da infância. Sobre a publicidade abusiva, PAULO JORGE SCARTEZZINI GUIMARÃES diz que é aquela que “ofende a ordem pública, ou não é ética ou é opressiva ou inescrupulosa”.

E essa abusividade é verificada em toda e qualquer publicidade dirigida aos pequenos porquanto todas elas, para seu sucesso, valem-se justamente dessa chamada deficiência de julgamento e experiência infantil na medida em que, para convencer as crianças sobre as qualidades e eficiência dos produtos ou serviços anunciados, usam artifícios contra os quais elas não conseguem defender-se.

Assim, toda e qualquer publicidade que seja voltada ao público menor de doze anos não é ética, mas intrinsecamente carregada de abusividade porque utiliza técnicas e subterfúgios de convencimento a pessoas extremamente vulneráveis.

Como se isso não bastasse, de acordo com o Código Civil, os menores de dezoito anos estão impedidos de realizar atos da vida civil, como, por exemplo, firmar contratos de compra e venda – artigo 30. Dessa forma, se uma criança não pode, legalmente, firmar contratos de compra e venda, em tese, também não poderia comprar produtos ou serviços e, por isso, igualmente não poderia ser destinatária de qualquer comunicação mercadológica.

Referido entendimento está também fundado no Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos artigos 4º, 5º, 6º, 17, 18 e 53 dentre outros, estabelecem os direitos dessas pessoas em desenvolvimento e o respeito à sua integridade, inclusive com relação aos seus valores.

Isso sem falar que o artigo 227 da Constituição Federal prevê os princípios da prioridade absoluta e da proteção integral em relação à criança, assim como o dever de todos de colocar a criança a salvo de qualquer forma de exploração, violência, crueldade e opressão.

Também a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, integrante da ordem jurídica brasileira, embora não trate explicitamente do tema de publicidade para crianças, é bastante clara em seu artigo 3º quanto à necessidade de se proteger as crianças com prioridade:

“1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o maior interesse da criança.

2. Os Estados Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários ao seu bem estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.

3. Os Estados Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz

respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.”

A falta de efetividade da legislação brasileira vigente

No entanto, inobstante a legislação pátria, como inexistente ainda uma interpretação homogênea, ou mesmo dominante, sobre o tema, muitas vezes as práticas publicitárias dirigidas a crianças não são entendidas como abusivas ou, o que é mais comum, sequer são percebidas como um problema.

Essa absoluta falta de aplicação da lei acontece porque no Brasil, contrariamente ao que ocorre em outros países democráticos, não há uma alta autoridade para regular a comunicação e também porquanto a velocidade das mensagens publicitárias é enorme, o que dificulta, e muito, qualquer atividade de fiscalização.

Por conta de tais fatores, a pouca fiscalização existente é feita de maneira dispersa por vários órgãos do Estado como Ministérios Públicos, Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor pelo seu DPDC/MJ – Departamento de Proteção ao Direito do Consumidor do Ministério da Justiça –, PROCONs. Não há, contudo, uma estratégia unificada ou um único entendimento consolidado acerca das práticas abusivas do mercado publicitário.

Daí e considerando-se que a Constituição Federal e a legislação pátria infraconstitucional são extremamente protetivas, nota-se que o projeto de lei que se quer fazer sancionar possui como grande virtude o fato de vir a transformar-se em instrumento importantíssimo de efetividade, que comprometerá um conjunto de agentes públicos com a aplicação da lei, bem como propiciará uma maior mobilização da sociedade civil em torno do tema e em busca da efetivação do que já existe de garantia em termos legais.

A importância dessa questão diz respeito à preservação dos direitos e garantias fundamentais no país. A regulamentação da publicidade é tão cara ao ordenamento porquanto além de vender produtos e serviços tem impacto cultural, bem como forma valores e referências sociais.

O elemento essencial da publicidade é a persuasão. E, justamente, em razão do seu intuito puramente comercial a mensagem publicitária é elaborada para atingir o emocional daquele a quem se dirige, na medida em que é notório que o convencimento acontece de forma muito mais bem sucedida quando o público consumidor alvo da mensagem publicitária é guiado pela emoção e não pela razão.

E quando se fala da publicidade que atinge o público infanto-juvenil todas essas questões tornam-se ainda mais sérias. Por isso a publicidade que anuncia produtos e serviços para crianças, fomentando nelas o desejo irrefreável, não pode ser tolerada.

Vale lembrar que, se a publicidade voltada a crianças não aumentasse o consumo do que anuncia, não seria tão necessária ao mercado publicitário milionário dos grandes fabricantes, distribuidores ou representantes nacionais.

A alegação de que o que falta no país é educação e, portanto, novas regras de restrição à publicidade não seriam a solução, é parte do discurso daqueles que não querem ver o desenvolvimento da sociedade brasileira. A publicidade voltada à infância tem como único objetivo vender, persuadir e aumentar o consumo dos produtos e serviços que anuncia. Obviamente não se pede que a publicidade eduque – o que seria ótimo, diga-se de passagem – mas tem a obrigação legal de não atacar valores da sociedade e de não promover a deseducação, principalmente de crianças.

Assim, sido dirigida ao público infantil, iniciativas como o projeto de lei em análise são em razão da falta de controle da atividade publicitária no país, notadamente aquela que tem absolutamente essenciais porque, além de fomentarem a discussão sobre o tema na sociedade, têm o condão de dar efetividade às normas legais já vigentes.

IX. A criança é prioridade absoluta, tanto na Constituição Federal, como na Constituição Paulista.

O artigo 227 da Constituição Federal de 1988 inaugurou a doutrina de proteção integral e especial da criança no Brasil, definindo com clareza (i) que todas as crianças devem ter seus direitos protegidos e satisfeitos de forma absolutamente prioritária e que (ii) ficam compelidos nesse dever todos os agentes sociais, tanto o Estado, como a sociedade e a família:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990, definindo com maior exatidão o significado da prioridade absoluta, determinou no art. 4º, parágrafo único:

“A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) **preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;**
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.” (grifos inseridos)

Igualmente, a Constituição Paulista consolidou em seu art. 277 a mesma proteção legal à criança, reforçando a necessidade de efetivação da norma da prioridade absoluta no interior do Estado de São Paulo:

“art. 277. Cabe ao Poder Público, bem como à família, assegurar à criança, ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiências, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e agressão.” (grifos inseridos)

Constata-se que o legislador constitucional, seguido pelo federal, ao instituir no artigo 227 a garantia da prioridade absoluta, conferiu à criança um *status* único no âmbito de proteção dos direitos constitucionais, atribuindo-lhe a primazia no atendimento de suas necessidades e interesses de forma absoluta. Dessa forma, uso da qualificação “absoluta” confere a essa norma uma necessidade de aplicação invariável e incondicionada em todos os casos em que os interesses da criança estiverem envolvidos, o que garante a essa norma a característica de regra em sua aplicação.

Acerca dessa norma, WILSON DONIZETE LIBERAT esclarece:

“Por absoluta prioridade, devemos entender que a criança e o adolescente deverão estar em primeiro lugar na escala de preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e dos adolescentes.”³⁵

Portanto, em qualquer situação em que a criança esteja envolvida, seja na elaboração de políticas públicas sociais e econômicas, seja na elaboração de leis ou até mesmo na atuação do Poder Judiciário, o melhor interesse da criança deve ser atendido de forma absolutamente prioritária.

Assim os legisladores sempre, e de forma obrigatória, inclusive por disposição constitucional, devem certificar-se que na elaboração dessas políticas legislativas seja atendido em primeiro lugar o melhor interesse da criança. Ou seja, diante de qualquer decisão política sobre um tema que envolva o bem-estar da infância, os direitos da criança devem ser atendidos e contemplados com “absoluta prioridade”.

³⁵ LIBERAT, Wilson Donizete (1998): Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, São Paulo: Malheiros, p. 21.

X. A necessária promulgação do PL nº 1096/2011.

O PL nº 1906/2011, aprovado na Alesp em 18.12.2012, ao ser promulgado possibilitará que as crianças do estado de São Paulo sejam efetivamente protegidas contra abusivas práticas comerciais. Contribuirá para que as crianças não adquiram hábitos de alimentação não saudáveis que contribuem para precarização de sua saúde. Certamente, a promulgação desse Projeto de Lei contribuirá para o combate da obesidade infantil, além de possibilitar que as empresas adotem uma postura mais ética com relação à criança, pois não mais se utilizarão abusivamente de sua vulnerabilidade e de seu inconcluso processo de desenvolvimento bio-psíquico para comercializar seus produtos.

A promulgação de tal projeto encontra ampla legitimidade e receptividade pela população brasileira, conforme concluiu a pesquisa do Datafolha³⁶, na qual a grande maioria dos pais e mães (3 em cada 4) de crianças até 11 anos concorda que comerciais de fast food e de alimentos não saudáveis para os filhos (i) prejudicam o hábito alimentar de seus filhos, (ii) levam os filhos a pedir muito para comprar os produtos anunciados e (iii) prejudica os esforços dos pais para educar os filhos a se alimentar de forma saudável.

Ainda, outra pesquisa do Datafolha foi clara em afirmar que a maioria dos pais entrevistados concorda que deveria haver alguma restrição à propaganda e ao marketing voltado às crianças.³⁷

A promulgação do PL está em plena consonância com o dispositivo da norma constitucional do art. 227 da Constituição Federal e do art. 277 da Constituição do Estado de São Paulo que determina que os direitos da criança sejam atendidos de forma absolutamente prioritária.

Urge a implementação das normas abrangidas pelo PL nº 1096/2011 para que as garantias primordiais e especiais da infância e adolescência sejam realmente efetivadas.

Para tanto, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo possui a competência de rejeitar o veto declarado pelo Exmo. Sr. Governador do Estado de São Paulo, tendo em vista a defesa dos direitos da criança e o combate da obesidade infantil, como disciplinam os parágrafos 5º, 6º, 7º e 8º do artigo 28 da Constituição do Estado de São Paulo:

“§5º - A Assembleia Legislativa deliberará sobre a matéria vetada, em único turno de discussão e votação, no prazo de trinta dias de seu recebimento, considerando-se

³⁶ ‘Opiniões sobre a Publicidade Infantil’, Datafolha, 2011.

³⁷ ‘Consumismo na Infância’, Datafolha, 2010.

aprovada quando obtiver o voto favorável da maioria absoluta dos seus membros.

§6º - Esgotado, sem deliberação, o prazo estabelecido no §5º, o veto será incluído na ordem do dia da sessão imediata, até sua votação final. **(NR)**
- **Redação dada pela Emenda Constitucional nº 22, de 25/5/2006.**

§ 7º - Se o veto for rejeitado, será o projeto enviado para promulgação, ao Governador.

§ 8º - Se, na hipótese do § 7º, a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Governador, o Presidente da Assembleia Legislativa promulgará e, se este não o fizer, em igual prazo, caberá ao Primeiro Vice-Presidente fazê-lo.”

Cabe ressaltar que a Lei Ordinária do Rio de Janeiro-RJ, nº 5528 de 25/09/2012, que proíbe a comercialização de lanches acompanhados de brindes e brinquedos, em estabelecimentos comerciais situados no âmbito do município do rio de janeiro, foi promulgada de forma semelhante; a Câmara Municipal carioca rejeitou o veto do prefeito e promulgou a lei, tendo em vista a defesa dos direitos da criança e o combate da obesidade infantil.

De todo o exposto, resta patente a importância da matéria do PL 1096/2011 para a garantia e efetivação dos direitos da criança brasileira ressaltando-se, desde já, que o **Projeto Criança e Consumo** do **Instituto Alana**, requerendo, respeitosamente, a rejeição do veto, permanece à disposição para contribuir da melhor forma possível para a ampliação e aprofundamento do debate.

Instituto Alana
Projeto Criança e Consumo

Isabella Henriques
Diretora de Defesa e Futuro

Pedro Affonso D. Hartung
Advogado

Marcelo Pucci Maia
Acadêmico de Direito