

04 de fevereiro de 2020

À Secretaria Nacional do Consumidor | Ministério da Justiça e Segurança Pública Esplanada dos Ministérios, Palácio da Justiça, Edifício sede.

Cep: 70064-900 | Brasília-DF

Ao Ilmo. Sr. Luciano Timm, Secretário Nacional do Consumidor luciano.timm@mj.gov.br assessoria.senacon@mj.gov.br

REF.: Processo SEI/MJ nº 08012.002887/2019-61

Nota Técnica a respeito da consulta pública da Senacon sobre minuta de portaria que regulamenta publicidade infantil

No dia 17 de Janeiro deste ano, os membros da Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB tomaram conhecimento a partir da publicação no Diário Oficial da União, que o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, está submetendo à consulta pública uma "minuta de portaria sobre publicidade infantil".

Com o intuito de contribuir para um direcionamento do tema que atenda aos anseios e as necessidades dos consumidores brasileiros, agentes reconhecidamente vulneráveis nas relações de consumo, a Comissão Especial de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da OAB respeitosamente apresenta as seguintes ponderações.

A legitimidade da OAB na promoção do debate sobre o assunto se dá a partir da sua missão constitucional de defensora dos direitos fundamentais e da justiça, dentre suas outras nobres funções previstas também na lei n. 8.906/94. Nesse sentido, representando esses interesses constitucionais, a sua Comissão Especial de Defesa do Consumidor possui o papel de resguardar que o Estado cumpra seu dever fundamental de defesa do consumidor, estabelecido no art. 5°, XXXII da Carta Maior.



1 – A atuação do Conselho Federal da OAB no combate à publicidade infantil

No ano de 2017, provocado por entidades de defesa das crianças e dos consumidores, a Ordem dos Advogados do Brasil promoveu amplo debate acerca do enfrentamento da publicidade comercial dirigida às crianças. Como resultado, dos debates realizados a partir de pareceres técnicos e jurídicos, no dia 17 de Outubro daquele ano a OAB Nacional lançou seu Manifesto por uma Infância Livre da Publicidade Comercial. O ato representou o início de uma campanha para conscientizar a população sobre os efeitos da publicidade infantil feita em desacordo com os direitos do consumidor e da criança. Na ocasião, o então presidente nacional da OAB, Dr. Claudio Lamachia, destacou que "a campanha em questão não pretende impedir o exercício das atividades de marketing e publicidade, mas apenas promover uma ampla conscientização dos graves efeitos que podem gerar as propagandas específicas às crianças".

O lançamento do Manifesto pela infância livre de publicidade e a campanha contou com a participação do Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Humberto Martins, relator, na Segunda Turma do Tribunal, do REsp n. 1558086/SP, que representa o caso paradigmático de condenação de fabricante de alimentos por realizar publicidade abusiva ao direcionar a comunicação comercial diretamente ao público infantil, com apelos baseados em oferta de brindes associados a alimentos ultraprocessados. A mesma segunda turma do STJ já havia, na ocasião do lançamento do Manifesto e da campanha da OAB, julgado o REsp n. .613.561/SP, confirmando multa administrativa aplicada pelo PROCON/SP contra fabricante de alimentos que também realizou publicidade de seus produtos direcionada às crianças com uso de personagens e brindes infantis.

A Comissão Especial de Defesa dos Consumidores busca concretizar a função essencial da OAB na defesa da justiça, das leis e da sociedade, manifestando-se ao lado dos consumidores e adotando as medidas cabíveis sempre que o Poder Público se afastar do seu dever inadiável de proteger os interesses dos consumidores, e sempre que os órgãos públicos de defesa dos consumidores descumprirem sua finalidade constitucional de proteger os direitos dessa coletividade vulnerável. Essa missão se torna ainda mais imperiosa quando a categoria de consumidores atingida pela omissão do Estado defensor são os mais hipossuficientes, como as crianças.



2 – Os direitos da criança na sociedade de consumo e a necessidade dos órgãos de defesa do consumidor garantirem uma infância livre do consumismo

É inegável que a Lei 8.078/1990 – CDC, reconheceu a criança como sujeito de direitos vulnerável na sociedade e mercado de consumo. Por isso, as normas de defesa do consumidor garantem a proteção integral e prioritária das crianças como consumidores diante de práticas adotadas por agentes econômicos, conforme se pode ver nos arts. 37, §2º e 39, IV do CDC.

Atualmente a criança consumidora conta com maior arcabouço jurídico protetivo além da legislação específica para as relações de consumo. O art. 5º da Lei nº 13.257, de 8 de março de 2016, ao determinar os princípios que devem prevalecer em qualquer política pública que afete indivíduos na primeira infância, impõe como área prioritária de ação do Estado a "proteção contra toda forma de violência e pressão consumista" e a "adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica". O Direito brasileiro trata as crianças na sociedade de consumo sob os ditames da Constituição Federal que, em seu art. 227, estabelece como dever da família, da sociedade e do Estado proteger integralmente e com absoluta prioridade as crianças e os adolescentes contra qualquer tipo de exploração.

Sendo dispositivos de norma aberta, assim bem vistos porque permitem ao operador do direito aplicá-las numa infinidade de casos concretos que envolvam antigas ou modernas práticas mercadológicas, como vem fazendo a jurisprudência atual conforme já mencionado, os órgãos e entidades públicas de proteção das crianças consumidoras contribuem com instrumentos interpretativos e orientadores. Neste contexto, é possível citar a Resolução nº 163, de 13 de março de 2014, do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que estabeleceu os parâmetros necessários para identificação da publicidade abusividade direcionada à criança e ao adolescente. Em suas disposições a Resolução apresenta o conceito à luz dos conselheiros para os direitos das crianças sobre o abuso da comunicação comercial, assim definindo todo direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança, com a intenção de persuadi-la para o consumo de qualquer produto ou serviço, inclusive as que utilizam linguagem infantil, representação de criança, pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil, desenho animado ou de animação, promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil, dentre outras estratégias já banidas em



diferentes países em semelhante ou superior grau de desenvolvimento econômico e social do Brasil.

O nível de restrição à atividade publicitária direcionada às crianças, necessária à sua proteção integral e prioritária, é bastante amadurecida na comunidade internacional, com diversos parâmetros legislativos e regulatórios adotados ao redor do mundo, e uma vasta literatura no campo da psicologia, sociologia, pediatria e do direito foi produzida nos últimos 20 anos no Brasil a respeito do assunto, com uma prevalência quase unânime da defesa do sacrifício das liberdades econômicas dos fornecedores para que se prevaleça os direitos constitucionais relacionados à infância, e já amadurecidos no país. A própria Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor já se manifestou várias vezes sobre o assunto, seja aplicando o Direito brasileiro de forma punitiva em face de fornecedores que praticaram publicidade abusiva dirigida às crianças¹², seja adotando posicionamento específico sobre o assunto em nota técnica³, demonstrando a solidez da legislação brasileira na proteção desses direitos ameaçados por publicidades abusivas, mas que, é preciso reconhecer, carecem de maior atuação dos órgãos de Estado e da Justiça para que sejam devidamente aplicados.

Não se pode ignorar que os obstáculos para aplicação das normas vigentes por parte dos órgãos do Poder Executivo, para proteção das crianças contra o apelo consumista, estão na forte organização e estrutura das entidades representantes dos setores produtivos, que se aproveitam do excesso de publicidade direcionada às crianças. O empenho dos grandes agentes econômicos fornecedores de produtos e serviços anunciantes no marketing para crianças de se opor ao avanço da aplicação da lei brasileira em restrição às suas liberdades e interesses econômicos é um fato notório. Mas, a consolidação de direitos do consumidor sempre encontrou obstáculos políticos pautados por interesses econômicos. Os episódios de fortalecimento dos direitos dos consumidores no Brasil

SENACON. DPDC Multa McDonalds, Vogue e Couro Fino por publicidade dirigida à criança. Disponível em

https://www.defesadoconsumidor.gov.br/portal/ultimas-noticias/737-dpdc-multa-mcdonald-s-vogue-e-couro-fino-por-publicidade-dirigida-a-crianca. Acesso em: 30/01/2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica 103. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/nota-tecnica-103.pdf. Acesso em 30/01/2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica 3/2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/SENACON/SENACON_NOTA_TECNICA/Not a%20T%C3%A9cnica%2003-16-dpdc-Pub%20Inf.pdf. Acesso em: 30/01/2020.



sempre provocam efeitos muito positivos no mercado de consumo, tanto pela elevação do padrão de qualidade exigido para oferta de produtos e serviços dos produtos, como também pela melhora do nível de boas práticas de mercado. A atuação do Estado em defesa dos consumidores, especialmente no exemplo da intervenção na atividade publicitária por meio da aplicação das leis consumeristas, melhora o ambiente econômico para os seus operadores, o bem estar dos consumidores e a competitividade entre os fornecedores.

Atualmente, com o avanço das ciências da saúde e com o consenso científico internacional da necessidade de se combater o excesso de publicidade de alimentos ultraprocessados e bebidas adoçadas industrialmente direcionado às crianças como uma das diversas estratégias de prevenção da obesidade infantil e sua relação com doenças graves, um grande esforço dos órgãos da Justiça brasileira passaram a ser percebidos no enfrentamento desse tema.

Lado outro, vê-se também os sérios danos causados pelas publicidades que estimulam o consumismo exagerado, aquelas que promovem uma erotização precoce, a hipervalorização de bens materiais, muitas vezes supérfluos, e culminam ou contribuem fortemente para o superendividamento das famílias. Os valores apreendidos na infância acompanham as crianças em sua vida adulta, inclusive o hábito do hiperconsumo.

Como já comentado, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao julgar o REsp 1.558.086, em 2016, tendo como recorrido o Ministério Público de São Paulo, e o REsp nº 613.561/SP, em 2017, tendo como recorrente a Procuradoria de São Paulo representando o PROCON/SP, consolidou na segunda turma que viola gravemente os direitos das crianças como consumidoras, especialmente no aspecto dos direitos à saúde, a publicidade que se direciona ao público infantil para promoção de produtos alimentícios industrializados de alto valor calórico e baixo valor nutritivo. Na primeira ocasião assim destaçou o Relator Ministro Humberto Martins:

"É abusivo o marketing (publicidade ou promoção de venda) de alimentos dirigido, 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, § 2°, do Código de Defesa do Consumidor)."

Em sequência desse despertar da comunidade jurídica para o assunto, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou norma interna "que dispõe sobre a necessidade de o Ministério Público nacional priorizar as ações de prevenção e combate da obesidade infantil e promoção da alimentação saudável e do aleitamento materno"⁴. Nesse sentido, a Recomendação 67/2018 indicou para todos os membros do Ministério Público:

"II - que promovam ações de monitoramento e fiscalização do cumprimento do Código de Defesa do Consumidor, da Resolução Conanda nº 163/2014 e do compromisso pela publicidade saudável para crianças de evitar a publicidade abusiva direcionada a crianças e adolescentes, inclusive, mas não exclusivamente, em ambientes escolares"

Esta Comissão Especial de Defesa do Consumidor percebe que tanto o ordenamento jurídico brasileiro como as instituições da justiça, onde se insere também a Ordem dos Advogados do Brasil, estão suficiente amadurecidos para garantir a consolidação dos direitos das crianças face ao abuso que ocorrem no mercado de consumo com o direcionamento de mensagens publicitárias diretamente ao público infantil.

CNMP. CNMP recomenda que Ministério Público priorize ações de prevenção e combate da obesidade infantil. Disponível em:

https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/11729-cnmp-recomenda-que-ministerio-publico-priorize -acoes-de-prevencao-e-combate-da-obesidade-infantil.



3. O processo de consulta pública divulgado pela Senacon.

Como já mencionado, a atuação desta Comissão tem entre uma de suas interfaces acompanhar o desempenho dos poderes públicos na garantia do respeito aos direitos dos consumidores consolidados. Os membros desta Comissão têm representado a OAB nos últimos anos em debates públicos sobre direitos dos consumidores especialmente no Poder Legislativo, nas agências reguladoras e no Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Para tanto, a garantia de instrumentos de participação social em todos esses processos decisórios perante as autoridades competentes, tem sido instrumento primordial para que os interesses dos consumidores e de seus defensores sejam devidamente representados.

Os parâmetros para boas práticas regulatórias estão atualmente muito consolidadas na Administração Pública brasileira. Além de diversos guias de boas práticas regulatórias desenvolvidos por Agências Reguladoras no Brasil, como Anvisa, Aneel, Anatel, disponíveis publicamente, o documento "Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório - AIR" consolida as orientações do Governo Federal para todos os órgãos e entes da administração direta e indireta. Tal guia deve ser observado pelos agentes públicos da Senacon e de todos os demais órgãos que pretendam tomar decisões e baixar normas dentro de suas competências.

Prezando pela necessidade de participação social nos processos decisórios para preservar a legalidade e eficiência dos atos regulatórios dos órgãos federais, o documento ressalta para todos os agentes públicos:

BRASIL. CASA CIVIL. Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório – AIR. Disponível em:

https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/apresentacao-regulacao-pasta/comite-interministerial-de-governanca-aprova-as-diretrizes-gerais-e-roteiro-analitico-sugerido-para-analise-de-impacto-regulatorio-diretrizes-air-e-o-guia-orientativo-para-elaboracao-de-analise-de-impacto-regulatorio-guia-air/diretrizes_guia_air_cig_11junho2018.pdf



A regulação é o instrumento por meio do qual o Estado intervém no comportamento dos agentes, de modo a promover aumento da eficiência, de segurança, crescimento econômico e ganhos de bem-estar social. Entretanto, se utilizada de modo arbitrário e desproporcional, pode gerar efeitos nocivos substanciais aos mercados e à sociedade como um todo, tais como: aumento do preço dos produtos ou serviços, queda de investimentos, barreiras à entrada, barreiras à inovação, altos custos de conformidade ao setor regulado, aumento dos riscos e distorções de mercado. Além disso, a regulação também impõe custos de fiscalização e monitoramento ao regulador. Assim, ela só deve ser criada quando sua existência é justificada⁶.

Necessariamente, tais processos precisam se pautar por um alto nível de participação social, que permita a todos os setores afetados e seus representantes apresentarem suas contribuições a partir de suas experiências e conhecimentos acumulados. Todos os interessados e representantes qualificados (não apenas aqueles selecionados pela autoridade pública) precisam encontrar no processo o momento oportuno e adequado para apresentar informações, contribuições e manifestações não apenas sobre a minuta de norma já pronta, mas antes disso, para a elaboração da Análise de Impacto Regulatório, por meio de diversos instrumentos de participação social ou outros processos de recebimento de subsídios de interessados no tema sob análise.

Ao estabelecer princípios para essa atuação pública regulatória o documento destaca a imprescindibilidade da realização de Análise de Impacto Regulatório. E o documento nos apresenta um conceito e justificativa para a AIR nos atos administrativos em que cabe:

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

⁶ BRASIL. op. cit., pg 21



Tem como finalidade orientar e subsidiar a tomada de decisão e, em última análise, contribuir para que as ações regulatórias sejam efetivas, eficazes e eficientes.

A AIR deve ser realizada sempre que a Agência Reguladora, órgão ou entidade da administração pública identificar um problema regulatório que possa demandar a adoção ou alteração de atos normativos ou algum outro tipo de ação com potencial de influir sobre os direitos ou obrigações dos agentes econômicos, de consumidores ou dos usuários dos serviços prestados pelas empresas do setor regulado⁷.

O documento norteador dos processos regulatórios do Governo Federal destaca:

Tanto as Diretrizes Gerais quanto o Guia AIR estão pautados nos princípios: (i) de que é fundamental iniciar uma AIR logo nos estágios iniciais do processo regulatório, ou seja, previamente à elaboração de leis, decretos, regulamentos e outras normas; e (ii) de que é fundamental fomentar a integração de mecanismos de participação social durante a fase de construção e elaboração da AIR⁸.

Nesse sentido, a percepção de condução acelerada da consulta pública pela Senacon, que impediu uma participação mais efetiva dessa Comissão na construção do processo administrativo em análise O aproveitamento *ipsis litteris* do texto do código privado do setor de anunciantes e publicitários, o Código do CONAR, também não nos parece ser o melhor ponto de partida para um projeto socialmente tão relevante. Essa preocupação com a aparente falta de independência da Senacon é reforçada pela percepção de que o processo administrativo e a consulta pública veiculados no Diário Oficial destacam como parte interessada o Conar, mas não outras entidades mais próximas dos interesses dos consumidores de enfrentamento da publicidade dirigida às crianças.

7

⁷ Ibidem, pg 23

⁸ BRASIL, op. cit., pg. 8



Sem o intuito de apresentar críticas aos objetivos e trabalhos conduzidos pelo Conar, entidade que vem buscando concretizar os benefícios da autorregulação privada no Brasil, é notório que a entidade acaba por representar interesse de seus associados, que como já mencionado, são, em grande parte, fornecedores de produtos e serviços que anunciam seus bens por meio de publicidade para crianças.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece como princípio da Política Nacional das Relações de Consumo, em seu artigo 4º, V, "o incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo". Assim, a necessidade de atuação do Estado para a preservação dos direitos do consumidor é plenamente compatível com sistemas privados de autorregulação praticados pelos fornecedores de produtos e serviços, o que inclui o sistema de autorregulação da publicidade. Trata-se de uma medida legítima por parte dos fornecedores de aderir a padrões privados que podem diminuir violações de direitos, com base em seus mecanismos privados de obediência voluntária. Mas parece que o que a Senacon pretende fazer é transformar o padrão estabelecido pelos fornecedores, em norma pública, praticamente permitindo que os fiscalizados criem o padrão sob qual querem ser fiscalizados. É como se os regulados pudessem criar a regulação que o Estado os fará cumprir.

Conclui-se que a minuta que a Senacon apresenta merece, pela tecnicidade e relevância do tema, ser submetida a um processo dialógico mais amplo, envolvendo mais entidades de defesa dos consumidores e um espaço próprio para o aprofundamento científico que o tema merece, inclusive com estudos de direito comparado.

Os impactos de uma Portaria com o propósito de regulamentar as publicidades que podem ou não ser direcionadas às crianças extrapolam a seara das relações privadas e alcançam direta ou indiretamente toda a sociedade. A relevância e sensibilidade do tema recomendam a ampliação dos estudos e debates sobre todos os possíveis reflexos antes da sua normatização, visando a defesa efetiva os interesses e direitos das crianças e dos adolescentes consumidores.



4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, a Comissão Especial de Defesa do Consumidor da OAB Federal pede ao Exmo. Sr. Dr. Secretário Nacional do Consumidor que amplie o alcance e o prazo da consulta pública aberta seguindo a fim de possibilitar uma participação social mais efetiva e democrática, seguindo elevados padrões de participação social, de tomada pública de subsídios e de análise de impacto regulatório, para melhor definição do problema a ser enfrentado e das medidas de intervenção adequadas na perspectiva dos direitos dos consumidores.

Marié Miranda

Presidente da CEDC/OAB

Luciana Atheniense

Secretária Geral da CEDC/OAB

Laís Bergson

Secretária Adjunta da CEDC/OAB

Lindojon Bezerra

Membro da CEDC/OAB

Marco Antonio Nobre Salum

Membro da CEDC/OAB

Stephanie Lorraine Lisboa

Membra da CEDC/OAB

Teresa Cristina Moesch

Membra da CEDC/OAB