

8093

288

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Promotoria de Justiça do Consumidor

Fórum Regional II - Santo Amaro

4ª. Vara Cível

Processo nº 583.00.2007.149641-9

Réplica

Regularmente citada, PepsiCo do Brasil Ltda. apresenta resposta à ação civil pública ajuizada contra si pelo Ministério Público, para a qual se oferece a presente réplica.

Epidemia de obesidade infantil como problema de saúde pública e a publicidade como estímulo para o consumo de alimentos não saudáveis por crianças

É lamentável o tom de sarcasmo que a ré empresta à discussão da causa, desrespeitoso com o Ministério Público e incompatível como o nível de elevação e urbanidade esperado para um debate judicial.¹

Difícil encontrar mote para zombarias nas razões expostas na petição inicial.

Com efeito, o que motivou a presente ação civil pública, além da ilegal venda casada, é um dos mais graves problemas de saúde pública da atualidade, a pandemia de obesidade, que atinge não apenas cerca de um bilhão e seiscentos milhões adultos, mas também crianças no mundo inteiro.

Ao contrário da ré, a ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE trata o assunto com seriedade, uma vez que em 2005 pelo menos 20 milhões de crianças menores de cinco anos em todo o mundo já acusavam sobrepeso. A OMS reconhece que “a obesidade infantil está associada com uma chance mais elevada de morte prematura e incapacidades na vida adulta”.²

O problema se manifesta também no Brasil, e de modo alarmante. A Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) do IBGE mostrou que os brasileiros não estão se alimentando corretamente. Conforme os dados oficiais, “se constatou excesso de peso em 40,6% da população adulta brasileira. Na faixa etária pediátrica, estudos nacionais demonstram prevalências de excesso de peso que variam entre 10,8% e 33,8% em diferentes regiões”.³

A ré é empresa que fornece determinados produtos alimentícios de pouca qualidade nutricional e altamente calóricos e que por isso devem ser consumidos com moderação.

Uma das recomendações específicas dos especialistas, para a prevenção da obesidade infantil, é a moderação

² “Childhood obesity is associated with a higher chance of premature death and disability in adulthood.” *Obesity and overweight* - Fact sheet N°311 September 2006
<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/en/index.html> Acesso aos 06.11.08.

³ Obesidade na infância e adolescência – Manual de Orientação / Sociedade Brasileira de Pediatria. Departamento de Nutrologia, 2008. página 14.
http://www.sbp.com.br/PDFs/Man%20Nutrologia_Obsidade.pdf Acesso aos 06.11.08.

no consumo de alimentos não saudáveis. E é evidente que o esforço de pais, médicos e nutricionais para desestimular a ingestão desses produtos tende a fracassar em razão do esforço antagonico, altamente apelativo, das estratégias agressivas de marketing dos fornecedores, que têm justamente a criança como alvo.

Ora, se até mesmo o público adulto, mais maduro para opções de consumo, é poupado do assédio publicitário estimulante do consumo de produtos não saudáveis, como cigarro e bebidas destiladas, por qual razão a criança, que a lei considera *deficiente de julgamento e experiência* (CDC, art. 37, § 2º), *a fortiori* não deveria ser?

A ré diz, com razão, que a oferta de brindes tem sido há tempos prática comum no mercado de produtos alimentícios destinados ao público infantil. Nem toda distribuição de brindes, todavia, é capaz de caracterizar a venda casada. A petição inicial aborda essa questão:

É evidente que determinado produto só pode ser considerado como brinde se guardar, em relação a outro produto, um nítido caráter de subsidiariedade. Quando o consumidor decide pela compra de um produto é porque o deseja, agindo o brinde apenas como um estímulo a mais, de natureza meramente coadjuvante. Um mero plus. Se a obtenção do suposto brinde, em determinadas circunstâncias, passa a ser o móvel principal da decisão de compra, teremos configurada a venda casada.

80/20

Além disso, não havia no passado, como há agora, uma preocupação de natureza sanitária, decorrente da influência das estratégias de marketing agressivas na dieta infantil, que podem levar ao consumo exagerado de produtos que devem ser consumidos com moderação.

Diante da incidência de obesidade em seu país, o *Surgeon General*⁴ dos EUA, em documento denominado "*The Surgeon General's Call To Action To Prevent and Decrease Overweight and Obesity - Overweight in Children and Adolescents*", recomenda, para uma alimentação saudável, que as crianças devam ser incentivadas a limitar a ingestão de salgadinhos ricos em gordura ou calorias.⁵

Em apenas 25 gramas, o produto fabricado pela ré (Cheetos) fornece 132 Kcal. Ou seja, a criança que consome um pacote de 80 gramas adquire aproximadamente a quarta parte das calorias que deve ingerir diariamente. Não é preciso dizer que calorias em excesso causam obesidade.

Não há, portanto, nenhum motivo para zombarias. A mesma PepsiCo nos Estados Unidos tem conhecimento da conseqüências sanitárias decorrentes do consumo abusivo de seus produtos, assim como da influência da publicidade na dieta das crianças. Mas lá, ao invés de reagir com escárnio, adota postura mais responsável perante o problema.

⁴ O *Surgeon General* (<http://www.surgeongeneral.gov>) é a maior autoridade em saúde pública do governo norte-americano, nomeado pelo presidente da República, por indicação e aprovação do Senado Federal para um mandato de quatro anos.

⁵ "HEALTHY EATING SUGGESTIONS: (...)

- Plan for healthy snacks.
- Stock the refrigerator with fat-free or low-fat milk, fresh fruit, and vegetables instead of soft drinks or snacks that are high in fat, calories, or added sugars and low in essential nutrients."

Nos Estados Unidos a PepsiCo respeita as crianças

Enquanto no Brasil a PepsiCo faz piada com o tema, nos Estados Unidos a mesma empresa reconhece a gravidade do marketing de alimentos não saudáveis dirigidos às crianças norte-americanas e adota de forma voluntária medidas para poupar o público infantil do assédio publicitário.

Em julho de 2007 a empresa assumiu publicamente naquele país o fortalecimento de seu compromisso para conciliar a saúde do consumidor e suas necessidades nutricionais ao redefinir as estratégias de marketing de seus produtos infantis.

Concretamente, admitiu que cem por cento de sua publicidade dirigida às crianças menores de 12 anos seria dedicada apenas aos produtos que atingem níveis aceitáveis de qualidade nutricional segundo padrões da agência governamental *Food and Drug Administration (FDA)*.⁶

Em documento denominado "*Children's Food and Beverage Advertising Initiative - Pledge of PepsiCo, Inc.*" (cópia anexa) a empresa compromete-se voluntariamente a adotar postura mais cautelosa nas mensagens publicitárias dirigidas às as crianças até 12 anos:

⁶ "PepsiCo announced today an initiative that further strengthens its commitment to meeting consumers' health and nutrition needs by redefining how the company markets its products to children. By the beginning of the year, PepsiCo commits that 100 percent of the company's advertising directed to children under 12 will be devoted to only two of its more than 250 Smart Spot products - products that meet established nutrition criteria based on authoritative statements from the U.S. Food and Drug Administration and the National Academy of Sciences or provide other functional benefits based on consensus science. Less than 1% of PepsiCo's total advertising budget in North America is allotted for kids' marketing, and today, fully half of that is devoted to Smart Spot products."

COMTEX News Network/
PepsiCo Strengthens Marketing Practices to Children
newsArticle&ID=1027510&highlight=

As an industry leader in the discussions of children's marketing, PepsiCo believes children are a special audience and takes particular care developing advertisements and evaluating programming that carries messages to children.⁷

Um dos compromissos assumidos diz respeito justamente a não utilizar o licenciamento de personagens – caso da Hello Kitty e do Homem-Aranha – para publicidade que tem como alvo os menores de 12 anos, quando se tratar de promover produtos que não atendam a critérios oficiais de qualidade nutricional.⁸

Third-Party Licensed Characters

PepsiCo acknowledges that from time-to-time third-party characters may be used to promote its products. In contrast to company-owned characters such as Cap'n Crunch or Chester Cheeta, these third-party characters are usually licensed for a set period of time. These third-party characters may be associated with television programs, movies, or the like. When such third-party characters are used in advertising directed primarily at children under 12, they will be used in conjunction with only Smart Spot products. Licensing agencies have been notified of PepsiCo's position and this commitment goes into effect not later than January 1, 2008.

Pena que a louvável iniciativa da PepsiCo poupa apenas as crianças norte-americanas. Pena que somente naquele país a empresa admita que as crianças constituem um “público especial” que exige “cuidado particular”.

7

http://www.pepsico.com/PEP_Citizenship/HealthWellness/Philosophy/CARUPEPPLedge.pdf
⁸ “food and beverage products displaying the Smart Spot symbol meet nutrition criteria based on authoritative statements from the Food and Drug Administration (FDA) and the National Academy of Sciences”. <http://www.smartspot.com/products/criteria> Acesso aos 10.11.08.

Em seu *site* brasileiro, a PepsiCo confessa que o público alvo do produto Cheetos é composto por crianças de 6 a 10 anos de idade.⁹ E não traz nenhuma palavra sobre cuidados relativos ao marketing infantil.

Por que será que a criança brasileira não recebe a mesma consideração daquela dispensada à criança norte-americana? Por que será que no Brasil o assunto dá azo a galhofas?

A atualidade do tema

A questão da restrição da publicidade, de um modo geral, e daquela dirigida às crianças, mais especificamente, é objeto de grandes debates em todo o mundo, e também na sociedade brasileira.

Alguns países, sabidamente democráticos, como Suécia e Noruega, proibiram a publicidade dirigida a crianças menores de 12 anos na programação televisiva.

Há de veras uma questão ética que não pode ser ignorada: é admissível o assédio persuasivo que recai sobre uma criança, que a lei civil considera absolutamente incapaz, a fim de persuadi-la ao consumo?

Os próprios publicitários admitem a questão, pois reconhecem, em seu Código de Auto-Regulamentação Publicitária, que "Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadju-

⁹ <http://www.elmachips.com.br/ec/home.html> FAQ Acesso aos. 10.11.08.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

8

vante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança” (art. 37).

Ora, a oferta de brinquedos com personagens do universo infantil não constitui “apelo imperativo de consumo diretamente à criança”? Ou o apelo imperativo só existe com o emprego de verbo nesse modo?

Reproduzo aqui o pensamento externado recentemente pela imprensa por três professores da Universidade de São Paulo:

GILBERTO DUPAS:

A sociedade, por meio de suas instituições, tem o dever de proteger a liberdade colocando limites razoáveis para a propaganda, esse instrumento de enorme poder que usa até espaços públicos para objetivos privados que às vezes pretende ocultar.¹⁰

MIGUEL REALE JÚNIOR:

Por serem muito sugestionáveis, as crianças devem ser firmemente protegidas em face da gula em angariar clientes por parte de inescrupulosos anunciantes, movidos exclusivamente pelo êxito comercial, posto acima dos valores do respeito aos mais velhos e aos da honestidade e da generosidade.¹¹

¹⁰ *Propaganda e liberdade*, Jornal *O Estado de S. Paulo*, 17/05/2008. O autor é coordenador-geral do Grupo de Conjuntura Internacional (IRI-USP), presidente do Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais (IEEI), é autor de vários livros, entre os quais *O Mito do Progresso* (Editora Unesp).

¹¹ *O governo invisível*, Jornal *O Estado de S. Paulo*, edição de 31 de Maio de 2008. Miguel Reale Junior é advogado, professor-titular da Faculdade de Direito da USP, membro da Academia Paulista de Letras, foi ministro da Justiça.

807
3

EUGÊNIO BUCCI:

Limites à publicidade, desde que democraticamente adotados, não reduzem o grau de liberdade de um país. Muitas vezes, a ausência de limites é que produz distorções.¹²

Fundamentação legal

Não faltam, no ordenamento jurídico brasileiro, dispositivos de direito material para proteger as crianças do assédio abusivo da publicidade de produtos cujo consumo excessivo pode, comprovadamente, comprometer uma dieta saudável. Desde logo, vemos na Constituição Federal que *a saúde e a proteção à infância são direitos sociais* (art. 6º) e que *é dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade e ao respeito* (art. 227). E ainda que *defesa do consumidor é princípio que rege a ordem econômica* (art. 170, V).

Na presente ação o Ministério Público propõe uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, partindo das normas constitucionais que fixam o dever estatal de proteger o consumidor e a criança e de promover a saúde pública.

Da legislação infraconstitucional, no que concerne especificamente às crianças – sujeitas a intensa publicidade de produtos alimentícios que estão afetando sua saúde, é

¹² *mas o que é a informação?* Jornal *O Estado de S. Paulo*, 19/6/2008 Eugênio Bucci é doutor em Direito e professor titular do site Observatório da Imprensa

importante lembrar o que determina o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 4º - **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (...)**

Art. 7º - **A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (...)**

Art. 17 - **O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais.**

No CDC há norma específica:

Art. 37 - **É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...)**

§ 2º - **É abusiva, dentre outras a publicidade ... que ... se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança**

Os pedidos formulados pretendem concretizar os *direitos das crianças*, assegurados nessas prescrições legais, que devem ser lidas de forma sistemática, concorrendo para proteger o público infantil do assédio da publicidade agressiva, especialmente quando se trata de indução ao consumo de produto alimentício que não é considerado saudável.

A capacidade da publicidade influenciar o comportamento das crianças, a ponto de causar repercussões deletérias em seus hábitos alimentares, não é especulação do Ministério Público. Com efeito, o nexu etiológico que existe entre a força persuasiva das campanhas publicitárias que pregam a ingestão de produtos não saudáveis por crianças e o aumento da epidemia de obesidade infantil é identificado pela ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, que propõe:

Iniciativas por parte da indústria alimentícia para reduzir a gordura, o açúcar e o sal dos alimentos processados e o tamanho das porções, o aumento da introdução de opções inovadoras, saudáveis e nutritivas, e a revisão das práticas de marketing correntes poderiam acelerar ganhos de saúde no mundo inteiro.¹³

E ainda:

Levando em conta as preocupações com a ameaça de uma epidemia de doenças não transmissíveis (DNTs) relacionadas à dieta, como doenças cardíacas, certos tipos de câncer, diabetes e obesidade, a Organização Mundial da Saúde (OMS) preparou um anteprojeto da Estratégia Global sobre Alimentação Saudável, Atividade Física e Saúde que será analisado pelos Estados Membros em maio de 2004. Como parte do processo de desenvolvimento das estratégias, a OMS vem examinando uma série de intervenções que têm o potencial de desempenhar um papel no enfrentamento das taxas mundialmente crescentes das DNTs. A esse respeito, a regulamentação do marketing de alimen-

¹³ "Initiatives by the food industry to reduce the fat, sugar and salt content of processed foods and portion sizes, to increase introduction of innovative, healthy, and nutritious choices, and to review current marketing practices could accelerate health gains worldwide." *Obesity and overweight - Fact sheet N°311* September 2006 – Destaques não originais.
<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs311/en/index.html> Acesso aos 06.11.08.

tos, especialmente o dirigido às crianças, emerge como uma área que necessita de maior atenção.¹⁴

A iniciativa da própria ré nos Estados Unidos, acima referida, confirma essa constatação e, conseqüentemente, a necessidade de aplicar leis que, afinal de contas, foram editadas para vigorar. As prescrições normativas não podem pairar no texto de lei federal e na Constituição sem nenhuma efetividade, especialmente aquelas que foram concebidas para proteger as crianças.

Outro dispositivo direito material que não pode ser ignorado é aquele do CDC que veda a venda casada:

Art. 39 - É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço,

Não é preciso aqui discorrer sobre o interesse que os brinquedos, até os mais simples, despertam nas crianças, especialmente aqueles relacionados a personagens e heróis do universo infantil. Ora, a oferta de brinquedos condicionada à aquisição do salgadinho, ainda mais quando dirigida a esse público menor de dez anos, desperta tamanho interesse - e se assim não fosse não haveria a oferta! - que a venda casada fica bem caracterizada.

¹⁴ *Marketing de alimentos para crianças: o cenário global das regulamentações* / Organização Mundial da Saúde; tradução de Gladys Quevedo Camargo. - Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, 2006.
http://www.anvisa.gov.br/propaganda/marketing_alimentos_crianças.pdf

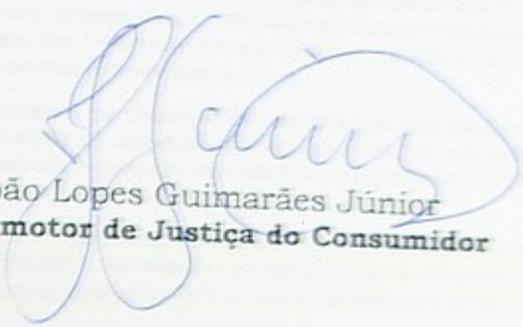
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

811/08

13

Pelo exposto, a expectativa da Promotoria de Justiça do Consumidor é de que a presente ação seja julgada integralmente procedente.

São Paulo, 12 de novembro de 2008



João Lopes Guimarães Júnior
1º Promotor de Justiça do Consumidor