

703



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
 Rua Riachuelo 115, sala 130 – Centro – São Paulo/SP - CEP 01007-904
 Fone: 3119-9061 / Fax: 3119-9060

Proc. nº **583.00.2008.169077-0**

Autor: **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Réu: **PANDURATA ALIMENTOS LTDA.**

Réplica

MERITÍSSIMO JUIZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu Promotor de Justiça do Consumidor, nos autos da ação civil pública (Proc. 583.00.2008.169077-0) movida em face de PANDURATA ALIMENTOS LTDA., vem respeitosamente apresentar a sua Réplica à contestação da ré (fls. 612/ss.), nos termos adiante deduzidos.

≈

Há incontáveis momentos na vida em que ser absolutamente franco pode ser confundido com ser ríspido. Mas há também ocasiões em que correr esse risco é absolutamente requerido. O momento desta réplica é um desses que pede franqueza irrestrita, a despeito do risco de à sua conta ser debitada alguma indelicadeza.

Pois bem. Em sua contestação a ré empregou argumentos que, para dizer o menos, fazem diversionismo para desviar a atenção das questões propostas na inicial, que acabou não enfrentando. Para ser cem por cento franco, beiram o deboche.

≈

41. OF. CIVIL. CENTRAL. SP-17-10-08-15:52-108908-1/1



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

709

Por meio da presente ação civil pública, o Ministério Público pretende, em suma:

- ✓ Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais adotar prática comercial que implique em condicionar a aquisição de qualquer bem ou serviço à compra de algum de seus produtos;
- ✓ Condenação da ré à obrigação de não fazer consistente em não mais promover publicidade que, direta ou indiretamente, possa concorrer para a transmissão de valores inadequados a crianças, ou por qualquer modo explore sua inexperiência ou deficiência de julgamento;
- ✓ Condenação da ré a indenizar a sociedade pelos danos difusos produzidos por seu ato ilícito, na forma do art. 84, § 1º, da Lei 8.078/90, mediante recolhimento de indenização no valor de R\$785.315,50, correspondente a 50% (cinquenta por cento) do faturamento obtido com a venda de produtos da linha "Gulosos", da marca Bauducco, durante a vigência da promoção "É Hora de Shrek".

O ponto da discórdia entre autor e ré foi a estratégia de *marketing* e publicidade que, relacionada a linha de produtos da marca BAUDUCCO designada por "GULOSOS", composta por bolinhos, biscoitos e *wafers*, resultou no lançamento e promoção da campanha "É HORA DE SHREK", voltada para o público infantil, inclusive pela utilização da imagem do personagem "Shrek", conhecido personagem que frequenta o imaginário das crianças.

≈

Em sua contestação, a ré não impugnou os fatos descritos na petição inicial: em suma, a realização da promoção e sua sistemática. Deixou a matéria de fato incontroversa, pois.

705



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Mas no campo do direito, atacou os pedidos da petição inicial e, conquanto não suscitasse matéria preliminar na aceção técnica do termo, teceu "considerações preliminares" que, já na abertura da defesa, procuram confundir puramente.

Tais argumentos de defesa, *data venia*, não podem convencer.

≈

A ré de início chama de "sintomática" a inexistência de pedido de "medida liminar" na exordial.

A campanha de *marketing* questionada na inicial já terminou e não há notícia de que outra, com igual ilicitude, esteja a caminho, de sorte que só duas hipóteses podem ser aventadas: ou a ré desconhece a disciplina legal das providências liminares ou tergiversa com má fé.

≈

A idéia de má fé processual, aliás, vem à mente durante toda a leitura da defesa e, notadamente, em trechos nos quais há evidente alteração da verdade (p.ex.: chama-se de "brinde" algo que tem preço em moeda corrente), o que não parece ao autor um exemplo de honestidade.

Por falar em honestidade, também a probidade intelectual foi pela ré vilipendiada, por exemplo ao transcrever, a fls. 661, trecho de parágrafo da obra de CLAUDIA LIMA MARQUES, do qual se extirpou parte sem a qual não se alcança o verdadeiro sentido da lição, que na verdade desfavorece a posição da ré. Veja-se o parágrafo integral, qual escrito pela renomada consumerista:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

"A mensagem publicitária tem, porém, características próprias (exigüidade do tempo, incitação à fantasia, apelo visual etc.) que deverão ser levados em conta. Mas hoje ninguém duvida da forte influência que a publicidade exerce sobre a população e sobre sua conduta na sociedade de consumo. Nesse sentido, o CDC regula a publicidade, como meio de informação ao consumidor, para lhe vincular alguns efeitos nos arts. 30, 31, 35, 36, 37 e 38."¹

(o trecho sublinhado foi suprimido na transcrição que a ré fez em sua contestação; coincidência?)

O decoro foi às favas também! A fls. 651, com surpreendente impostura, a ré rotula o "discurso" do Ministério Público — pasmem — de "marxista". Mas não foi leal o bastante para dizer o que entende por discurso marxista, se é que sabe o que isso significa.

Este órgão do Ministério Público não tem qualquer predileção, mas sim respeito, intelectual e histórico, pela teoria econômica do alemão Carl Marx. Mas que a insolência da ré cheira a ranço da intolerância dos mais negros dias do período de totalitarismo militar, isso lá cheira mesmo.

≈

Veja-se agora como a ré manipula a proposta de TAC (termo de ajustamento extrajudicial de conduta) que fora discutida nos autos do inquérito civil, antes da propositura desta ação civil pública.

¹ MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais*, 5ª ed. São Paulo: RT, 2006, p. 780/781.

WY



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

A ré, segundo diz, não podia aceitar a assinatura de um TAC, “a não ser que seu texto fosse reformulado, nos moldes do TAC assinado pelo Mc Donald’s” (fls. 640, item 22). Mas ela própria já havia cuidado de esclarecer que “o caso [do Mac Donald’s] é diverso” (fls. 637, item 15).

Não haveria então razão para pensar num mesmo TAC para situações sabidamente díspares. Mas ainda quando se cuidasse da mesma situação fática, este órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo não faria com ré um ajustamento de conduta como aquele que o Ministério Público Federal firmou com a empresa Mc Donald’s, porque reputa que aquele ajuste não ampararia satisfatoriamente os interesses da coletividade.

Para parecer razoável, a ré diz que até aceitaria firmar um TAC, mas mediante certas condições, a saber: se não reconhecesse ilicitude, não ressarcisse ninguém e não ficasse impedida de repetir a prática comercial (fls. 640, item 23). Ou seja, se o TAC não estabelecesse qualquer obrigação para a ré, nenhum “ajustamento de conduta”, enfim.

A ré assinaria um TAC, portanto, dès que fosse ele absolutamente vazio, inócuo, estéril.

Isso é deboche!

≈



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Esse jeito zombeteiro da ré, *data venia*, também é visto nos jogos de palavras da contestação, cuja leitura mereceria a elaboração prévia de um glossário. *Verbi gratia*:

GLOSSÁRIO	
EXPRESSÃO USADA NA CONTESTAÇÃO	SIGNIFICADO
"exercer essa faculdade" (fls. 623)	comprar os relógios do Shrek
"efetuar a troca" (fls. 622)	comprar
"ganhe aquele" relógio (fls. 635)	compre aquele relógio por R\$5,00
"brinde" (fls. 636)	relógio "ao custo previamente informado de R\$5,00"
"valor educacional"	coleccionar relógios

Mas sigamos em frente.

≈

As palavras não podem ser vãs, jogadas ao vento sem que produzam qualquer efeito.

Se a ré diz que aos pais cabem "a escolha (e aquisição) dos produtos" (fls. 624), porque sua publicidade se dirige diretamente às crianças e o faz em tom imperativo: "colecione!"²

≈

A venda casada está tão evidenciada nos autos que pode ser inferida até mesmo dos exemplos que a ré empregou em sua defesa.

² Assista-se, a propósito, ao comercial televisivo cuja mídia está a fls. 77.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

A fls. 636, para exemplificar a venda casada, a ré citou a hipótese do *comerciante que só vende o saco de feijão se o consumidor adquirir um saco de arroz*.

Substitua-se o vocábulo *feijão* por *relógio do Shrek*. Substitua-se o *arroz* pelo *biscoito* da ré. Teremos então a seguinte equação, baseada no exemplo empregado na contestação: *o comerciante que só vende o relógio do Shrek se o consumidor adquirir cinco produtos da linha Gulosos*.

Venda casada, pois. A menos que se aceite o engodo de chamar de “brinde” aquilo que é vendido a “preço previamente informado de R\$5,00”.

Agora, o que não dá para engolir é a comparação infeliz com o liame que, num terno, existe entre a calça e o paletó. Afinal, um terno é por definição um conjunto, um todo, um mesmo produto. E não se há dizer, sem causar espanto, que há conjunto, por definição, na reunião de um biscoito com um relógio!

Igualmente maliciosa foi a referência aos ovos de páscoa que usualmente guardam algum brinde em seu interior. A situação é bem diversa da conduta da ré, já que nesse caso o interesse principal da criança é pelo chocolate e não pelo brinde. De mais a mais, no caso dos autos não há brinde. Afinal, os malfadados relógios do Shrek eram vendidos pela ré, como ela diz “ao preço previamente informado de R\$5,00”.

≈

W



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

A circunstância de que, segundo a ré, há outras empresas adotando a mesma prática comercial não a isenta de responsabilidade e nem transforma o ilícito em lícito.

Furtar-se à correção de conduta comercial abusiva sob argumento de que outros fornecedores também cometem o mesmo ilícito, a par de afrontar o próprio Direito, por pouco não desborda uma vez mais para o terreno da má fé.

Sabe-se que hoje muito se furta. Nem por isso o furto deve ser tolerado. É conhecido o *frenesi* de instituições financeiras para criar tarifas bancárias abusivas, como o Poder Judiciário tem frequentemente reconhecido. Nem por isso se há sustentar que a tarifação iníqua deva ser objeto de complacência.

Como se dessume do V. Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação 707886-0/4, a circunstância de outros fornecedores praticarem semelhante ou idêntico ilícito definitivamente não afasta a responsabilidade do réu, mas antes indica a necessidade de se noticiar tais fatos, estranhos à lide em exame, ao Ministério Público, para que possa ele ajuizar outras lides de tutela coletiva em face dos demais infratores da legislação consumerista.³

Mas a ré indaga se estariam então na ilegalidade todas as empresas que adotam práticas comerciais como aquelas descritas na inicial (fls. 631, item 10). A resposta é, serena e segura: sim, estão todas cometendo a mesma ilicitude. E se a ré conhece tais casos, o Ministério Público a concita a indicá-los, para que possa instaurar os competentes inquéritos civis.

³ Apelação com Revisão 707886-0/4, Turma Julgadora da 28ª Câm. – Seção de Direito Privado, Rel. Des. Celso Pimentel, j. 11/10/2005.

711



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

≈

De acordo com a contestação, a tese deduzida na petição inicial não passaria de “interpretação subjetiva do *Parquet*” ou “impressões pessoais” do subscritor, que aliás faria um discurso “marxista”.

Mas essas “impressões” do Ministério Público — que a ré classifica de “pessoais” — não são criação sua, mas antes de especialistas mundo afora, que partilham firmemente da convicção de que as crianças não têm experiência nem recursos psicológicos e emocionais para uma avaliação crítica das mensagens de *marketing*, que lhe são repetidamente dirigidas por toda sorte de mídia. O mesmo se diga das “impressões” que identificam na restrição à publicidade dirigida às crianças não um agravo às liberdades individuais, mas antes uma necessidade impostergável para a garantia da saúde pública e da integridade e liberdade das crianças e jovens mundo afora.

Dentre esses especialistas, o autor destaca alguns exemplos que podem ser consultados nestes próprios autos:

- ✓ **ERLING BJURSTRÖM**, psicólogo sueco e Professor da Linköping University, autor do estudo “A Criança e A Propaganda na TV”, produzido a pedido do CONSELHO NACIONAL SUECO DE POLÍTICAS DE CONSUMO⁴, e do estudo “Consumer Socialization: How do children become consumers?”, apresentado no Advertising Education Forum (AEF) de 2002⁵;

⁴ BJURSTRÖM, Erling. *A Criança e a Propaganda na TV*. Documento anexo a esta réplica e disponível também em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/children_tv_ads_bjurstrom_port.pdf, acesso em 16 de outubro de 2008.

⁵ BJURSTRÖM, Erling. *Consumer Socialization: How do children become consumers?* Documento anexo a esta réplica e disponível também em [http://www.aeforum.org/aeforum.nsf/b6f532dc08e2a32e80256c5100355eab/7451ba8d0d2d883880256d6600531043/\\$FILE/EB2003.pdf](http://www.aeforum.org/aeforum.nsf/b6f532dc08e2a32e80256c5100355eab/7451ba8d0d2d883880256d6600531043/$FILE/EB2003.pdf); acesso em 16 de outubro de 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

- ✓ **IOTF - INTERNATIONAL OBESITY TASKFORCE**, associação internacional responsável pela elaboração dos “Princípios de Sydney para a restrição de publicidade de alimentos e bebidas junto a crianças”;⁶
- ✓ **BMA - BRITISH MEDICAL ASSOCIATION**, que aprovou os “Princípios de Sydney para a restrição de publicidade de alimentos e bebidas junto a crianças”, elaborados pela IOTF;⁷
- ✓ **CONSUMERS INTERNACIONAL**, associação internacional independente, que reúne 220 organizações especializadas de 115 países, autora das “Recommendations for an International Code on Marketing of Foods and Non-Alcoholic Beverages to Children”;⁸
- ✓ **SUSAN LINN**, psiquiatra e pesquisadora norte-americana, professora em Psiquiatria na ESCOLA MÉDICA DE HARVARD e Diretora Associada do CENTRO DE MÍDIA INFANTIL JUDGE BAKER, em Boston; autora do livro “Crianças do Consumo: A Infância Roubada”, em que destaca a profunda vulnerabilidade das crianças aos apelos publicitários, o que as faz hoje o alvo predileto de muitos profissionais de *marketing*, que visam criar o chamado *consumidor do berço ao túmulo*;⁹
- ✓ **LAÍS FONTENELLE PEREIRA**, Mestra em Psicologia pela PUCRJ, autora do artigo “Que Infância Estamos Construindo”;¹⁰
- ✓ **LAURA ISABEL TAVARES DE ALMEIDA PINTO NOGUEIRA e ANTÔNIO JOAQUIM MAGALHÃES CARDOSO**, Professores e pesquisadores na área de *marketing*, da UNIVERSIDADE FERNANDO PESSOA, PORTUGAL, autores do estudo “O

⁶ IOTF - International Obesity Taskforce. *Princípios de Sydney*. Documento anexo a esta réplica, disponível também em <http://www.iotf.org/childhoodobesity.asp>; acesso em 16 de outubro de 2008.

⁷ Documento anexo e disponível também em <http://www.iotf.org/childhoodobesity.asp>, acesso em 16 de outubro de 2008.

⁸ Documento anexo e disponível também em <http://consint.live.poptech.coop/shared.asp/files/GFSR.asp?NodeID=97478>, acesso em 16 de outubro de 2008.

⁹ LINN, Susan. *Crianças do Consumo: A Infância Roubada*. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

¹⁰ Documento anexo e disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/opinião/fz1210200709.htm, acesso em 09 de outubro de 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

713

Impacto das Promoções de Vendas na Escolha das Crianças: Estudo Aplicado aos Cereais";¹¹

- ✓ **ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES**, advogada e Mestre em Direito e Ciências Sociais – Direitos Difusos e Coletivos pela PUCSP, autora do artigo “Publicidade Dirigida a Crianças: Impactos e Conseqüências”;¹²
- ✓ **GERALDO DUPAS**, renomado economista, Coordenador Geral do Grupo de Conjuntura Internacional (Gacint – USP), Presidente do Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais (IEEI), membro do Conselho do Instituto de Relações Internacionais da USP e editor da revista Política Externa. Foi professor visitante da Universidade Paris II e da Universidade Nacional de Córdoba e membro do Conselho Nacional de Avaliação do Ensino Superior – CONAES (Ministério da Educação e Cultura). Proferiu a conferência “Propaganda, Sociedade Global de Consumo e a Criança” no 2º Fórum Internacional Criança e Consumo, em 2008;¹³
- ✓ **DONALD L. SHIFRIN**, que em 2007, em nome da ACADEMIA AMERICANA DE PEDIATRIA, prestou depoimento revelador sobre “As imagens que as Crianças Vêm na Tela”, perante o Subcomitê de Telecomunicações e Internet, do Comitê de Energia e Comércio do Congresso dos Estados Unidos da América;¹⁴
- ✓ **YVES DE LA TAILLE**, Professor titular do Instituto de Psicologia da USP, é autor de *Moral e Ética - dimensões educacionais e afetivas*, vencedor do Prêmio Jabuti 2007; a pedido do CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, foi autor de parecer sobre o Projeto de Lei 5.921/2001, que visa promover

¹¹ Documento anexo a esta réplica e disponível também em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/o%20impacto%20das%20promocoess%20de%20vendas%20na%20escolha%20das%20criancas.pdf, acesso em 16 de outubro de 2008.

¹² Documento anexo a esta réplica e disponível também em <http://www.febraban.org.br/semark2007/palestras/Isabella%20Henriques%20-%20Painel%20-%20-%2019%2009%20.pdf>, acesso em 16 de outubro de 2008.

¹³ Documento anexo, disponível também em [http://www.idec.org.br/criancas/pdf/artigo Gilberto Dupas para o Forum set 08.pdf](http://www.idec.org.br/criancas/pdf/artigo%20Gilberto%20Dupas%20para%20o%20Forum%20set%2008.pdf), acesso em 16 de outubro de 2008.

¹⁴ Documento anexo, disponível em [http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/AAP obesida de/AAP obesity port.PDF](http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/AAP_obesida de/AAP_obesity_port.PDF), acesso em 16 de outubro de 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

- alterações no CDC, tendentes a explicitar restrições à publicidade dirigida a crianças.¹⁵
- ✓ **MARIA DO CARMO LARA**, Deputada Federal, autora do relatório e substitutivo do Projeto de Lei 5.921/2001;¹⁶
 - ✓ **COMISSÃO DE DEFESA DO CONSUMIDOR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS**, que aprovou o relatório da Deputada Maria do Carmo Lara, em reunião extraordinária de 09/07/2008;¹⁷
 - ✓ **VIDAL SERRANO NUNES JR.**, Doutor e Professor da PUCSP e da ESMP, Presidente do Conselho Diretor do IDEC e Presidente do Centro Santo Dias de Defesa dos Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo, autor do artigo "A Publicidade Comercial Dirigida ao Público Infantil";¹⁸
 - ✓ **ANDREA LAZZARINI SALAZAR**, jurista e consultora do IDEC, autora do artigo "Juridicidade da restrição da publicidade de alimentos prejudiciais à saúde".¹⁹

Enfim, parece que o Brasil e o mundo estão completamente infestados de perigosos "marxistas"... Ajudem! Chamem o DOPS!

≈

Importante lembrar que o próprio CONAR condenou a campanha publicitária da ré, recomendando a sua proscrição (fls. 416/417).

¹⁵ Documento anexo a esta réplica.

¹⁶ Documento anexo, disponível igualmente em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/acoes/leihaully-projeto-de-lei/PL_5921_relatoria_Maria_Carmo_Lara.pdf, acesso em 16 de outubro de 2008.

¹⁷ Documento anexo, também disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/584867.htm>, acesso em 16 de outubro de 2008.

¹⁸ Artigo publicado em *Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro*. Coordenação de Ives Gandra Martins e Francisco Rezek. São Paulo: RT e CEU, 2008.

¹⁹ Documento anexo, disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=55030, acesso em 16 de outubro de 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Por mais que a ré queira relegar tal circunstância a segundo plano, a verdade é que se cuida de relevantíssimo elemento de convicção.

Como se sabe, o CONAR é um conselho privado, formado pelos próprios profissionais de *marketing*. Mesmo composto por quem é diretamente interessado em tudo que diz respeito à publicidade e ao *marketing*, o CONAR não pôde ficar insensível à notável fragilidade das crianças ante às mensagens publicitárias. Daí porque em 2006 alterou o seu **Código de Auto Regulamentação Publicitária**, para estabelecer regras especiais para a publicidade endereçada ao público infantil:

Artigo 37. Os esforços de pais, educadores, autoridades e da comunidade devem encontrar na publicidade fator coadjuvante na formação de cidadãos responsáveis e consumidores conscientes. Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais: (...)

II - Quando os produtos forem destinados ao consumo por crianças e adolescentes seus anúncios deverão:

- a) procurar contribuir para o desenvolvimento positivo das relações entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;
- b) respeitar a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade do público-alvo;
- c) dar atenção especial às características psicológicas do público-alvo, presumida sua menor capacidade de discernimento;

(...)

Anexo H

(...)

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem,



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis.

(Sublinhamos).

≈

Os valores, ah! Os valores!

Não há, realmente, previsto na própria lei, um rol dos valores que a sociedade deva prestigiar e, conseqüente, o direito proteger.

Os valores são naturalmente dependentes da cultura e do tempo que se tem em consideração, nos quais se insere como cânone aceito a observância de um determinado valor moral. Como documento não apenas jurídico, mas sobretudo político, a Constituição se apresenta então como um precioso referencial para encontrar os valores a serem juridicamente tutelados.

Na sociedade e tempo atuais, há certeza de que está premente proteger a infância e a ela assegurar um desenvolvimento sadio e à salvo de qualquer sorte de exploração, física, intelectual ou emocional. E esse valor de proteção à infância, na sociedade contemporânea, está dentre os mais altos valores a serem juridicamente tutelados.

Di-lo a Constituição da República, que proclama, sem rodeios, tratar-se de "**absoluta prioridade**" do Estado brasileiro (CF, art. 227).

Por certo não se haverá sustentar que está bem protegida a criança que é persuadida a comprar vários relógios, mesmo quando não saiba ver as horas, mesmo quando se está num país de miseráveis e famintos.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Veja-se que para Constituição brasileira a “dignidade da pessoa humana” é mesmo fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, inc. III).

Professor de Direito da USP por quase quatro décadas, Coordenador da cátedra Unesco-USP de Direitos Humanos, Membro do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e Juiz do Tribunal Permanente dos Povos, o jurista **DALMO DE ABREU DALLARI** concedeu entrevista ao Movimento do Ministério Público Democrático durante a qual discorreu sobre a dignidade da pessoa humana.

“Esse é um dos problemas fundamentais, a supervalorização da liberdade numa concepção egoísta. Cada um busca sua liberdade, com seus meios. Isso é muito bom para quem nasce rico, para quem tem vocação para negócios, comércio, mas, para grande parte da humanidade, essa afirmação do direito de ser livre sem pensar no poder de ser livre é nada. Mas surgiu, em consequência inclusive de ações de movimentos sociais, uma nova etapa na luta pelos direitos humanos, iniciada com a Declaração de Universal de Direitos Humanos, em 1948, na qual são enfatizados, no mesmo nível, os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. A partir daí se inicia um trabalho muito intenso no sentido de dar efetividade aos direitos econômicos, sociais e culturais.

(...)

Uma colocação muito feliz foi feita [pelo filósofo] Pico della Mirandola, já há vários séculos, quando ele publicou um trabalho sobre a dignidade humana, no qual define o ser humano como a pessoa que produz a si mesma, ou seja, ela é produto do seu próprio desenvolvimento. Faz parte da dignidade a possibilidade do crescimento interior da pessoa, que exige o cuidado com o físico, mas também o cuidado da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

mente e a possibilidade de acesso aos conhecimentos. Isso é da essência da dignidade humana. É o reconhecimento de que o ser humano nasce com direitos fundamentais, como declara enfática e expressamente a própria Declaração de 1948, mas também faz parte da dignidade a possibilidade de auto-realização de cada pessoa.”²⁰

Colecionar relógios do Shrek seria então uma “auto-realização” da criança? Ou uma “realização” dos propósitos empresariais da ré?

Nessa senda, vem a ré discorrer sobre a garantia de liberdade de expressão, como se disso aqui fosse o que se trata.

Boa parte dos grandes anunciantes e das grandes empresas de publicidade vêm procurando disseminar a idéia de que o reconhecimento de limites à publicidade significaria violação da liberdade de expressão prevista no art. 5º, IX, da Constituição.

Há constitucionalistas, como JOSÉ AFONSO DA SILVA²¹, que vêm na liberdade de expressão um “aspecto externo” de outras liberdades, como as liberdades de pensamento ou de credo. Pode-se então dizer que a liberdade de expressão é instrumental de outras liberdades.

²⁰ Documento anexo e também disponível em <http://www.mpd.org.br:80/ArticleAction.php?action=mostrar&id=22701>, acesso em 10 de outubro de 2008.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996; p. 237/238.

719



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Mas a própria Constituição estabelece os limites substanciais dessa liberdade, ao identificá-la como “expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação”. Resultado é que todos somos livres para expressar nossos pensamentos em geral, qual a nossa produção intelectual, científica, artística, filosófica, religiosa etc.

Fundamental então verificar se uma peça publicitária é, ou não, um exemplar dessa expressão que a Constituição pretende livre. E aqui a resposta é simples de ver, porque a publicidade que nos interessa, para efeito desta análise, é a publicidade comercial. Não tratamos aqui, afinal, de coisas ontologicamente distintas, como a propaganda eleitoral, o anúncio de um culto ecumênico ou a divulgação de um evento científico. O foco de nossa atenção, por agora, é exclusivamente a publicidade comercial, assim entendida toda forma de comunicação social massificada tendente a persuadir o maior número de pessoas ao consumo de determinado produto ou serviço.

Dada a sua finalidade precípua, a publicidade não tem então a finalidade de promover o debate de idéias, a contraposição de opiniões díspares, o confronto de análises sobre determinado objeto. Ao contrário, a publicidade trabalha, por definição, baseada em uma idéia única, uma concepção única de determinado objeto: a concepção de que o destinatário da mensagem deve adquirir o produto ou serviço do anunciante.

Como anotou YVES DE LA TAILLE, ilustre professor do Instituto de Psicologia da USP, no parecer que emitiu sobre o Projeto de Lei

720



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

5921/2001, o objetivo da publicidade é “penetrar a psique alheia”, para “transformá-la em benefício próprio”²².

No que concerne ao agente passivo da publicidade, a se cuidar de criança, esse aspecto avulta em importância. Afinal, como adverte **VIDAL SERRANO NUNES JR.**²³, “por se tratar de um ser em processo de formação, a criança não possui os predicados sensoriais suficientemente formados para a plena inteligência do que seja a publicidade, de quais os seus objetivos e de como dela se proteger.”

Nela, portanto, o autor da publicidade não externa um pensamento seu, não professa um credo pessoal, não manifesta sua intimidade sensível por meio da linguagem artística.

Não se trata, pois, de expressão na acepção do art. 5º, IX, da Constituição. Onde não ser possível cogitar da violação dessa garantia constitucional quando se pensa em sustentar limites à publicidade, notadamente no que concerne ao público infantil.

Por outro lado, essa ontologia da atividade publicitária recomenda outra sorte de reflexão, que deve agora tomar por foco o seu destinatário.

O pensamento, em todas as suas dimensões, deve estar livre. Isso é garantia constitucional, como se sabe (art. 5º, IV). A invasão da psique do indivíduo, com a manipulação de seu pensamento, pode ser então a antítese da liberdade do pensamento.

²² Documento anexo a esta réplica.

²³ NUNES JR., Vidal Serrano. *Ob.cit.*

721



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Os mais autorizados especialistas no assunto garantem que a criança, diferentemente do adulto em geral, é desprovida da plena capacidade de percepção, cognição e juízo de valor sobre as mensagens publicitárias²⁴. A depender da idade, sequer está apta, por exemplo, a diferenciar a publicidade do programa de televisão em que intercalada.

Resulta certo então que a invasão de sua psique (para incutir-lhe o desejo e impulso de consumo), mais que influenciar, vem lhe tolher substancialmente a liberdade de pensamento, para lhe impingir sorrateiramente idéias, vontades e valores que não são genuinamente seus ou de seus responsáveis.

Em palavras breves, se for possível pensar em violação de liberdade, é a publicidade que viola a garantia constitucional da liberdade de pensamento da criança.

No sentir de VIDAL SERRANO NUNES JR.²⁵, "a previsão constitucional da livre iniciativa encontra a definição de limites no próprio texto maior, que cogita da função social da propriedade, da proteção da dignidade humana, da justiça social como objetivo da ordem econômica e, sobretudo, da defesa do consumidor, erigida, a um só tempo, à qualidade de direito fundamental do indivíduo e princípio da ordem econômica."

No conflito aparente (Carlos Maximiliano ensina que o direito não encerra reais antinomias²⁶) entre a garantia de uma liberdade da criança

²⁴ Sobre isso o autor roga sejam conferidos os fartos estudos científicos que instruíram a inicial e instruem agora esta réplica.

²⁵ NUNES JR., Vidal Serrano. *Ob.cit.*

²⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980; p. 134.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

e qualquer outra garantia, ainda que de grandeza constitucional, aquela prevalece sobre esta, segundo critério estabelecido pelo próprio Poder Constituinte, para quem, como antes dito, a proteção à criança goza de “absoluta prioridade” (CF, art. 227).

≈

No que concerne à indenização pleiteada na petição inicial, se viu não haver dúvida de que ilícita foi a conduta da ré.

O ato ilícito gera direito a indenização (CC, art. 927).

“Não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato” (STJ - REsp 86.271/SP - DJ 09/12/1997; no mesmo sentido: REsp 261.028/RJ - DJ 20/08/2001; REsp 702.872/MS - DJ 01/07/2005). E o fato — a promoção e sua sistemática, descritas na inicial — é incontroverso, dado que não impugnado na contestação.

Inexiste, demais disso, tutela específica que permitisse o simples desfazimento do dano e a restituição ao *status quo ante*. Nessas condições, há norma específica do CDC (o art. 84, § 1º) a estabelecer que a lesão jurídica se resolve em perdas e danos.

O valor pleiteado na inicial nada tem de extraordinário e, se não for considerado adequado, certamente a inadequação resultará de sua modicidade.

Como na exordial se ponderou, a *indenização* decorrente da conversão prevista no art. 84, § 1º, do CDC, não cuida de promover uma reparação patrimonial mensurável. A se tratar de dano difuso, aliás, impossível mesmo seria pensar em qualquer quantificação matemática.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Tal *indenização* na verdade constitui reparação de prejuízo para a coletividade genericamente considerada, presumido pelo legislador, que não pretendeu deixar sem resposta idônea as violações da ordem jurídica que não pudessem ser efetiva e suficientemente reparadas de modo específico. A *indenização* então deve ser de dimensão tal que figure, também ela, efetivo desestímulo à reincidência. Tal finalidade só poderá ser alcançada se representar ônus realmente sensível para o infrator: em termos práticos, não pode ser de monta irrisória se comparada à força econômica do infrator e ao universo de vítimas.

Despropositado falar, como faz a ré, em condenar o Ministério Público em honorária ou custas.

A se cuidar de ação civil pública, nos precisos termos do art. 18 da Lei 7.347/85, salvo comprovada litigância de má fé, não há condenação às verbas de sucumbência sequer para associações privadas co-legitimadas (Apelação Cível n. 246.706-1 - Paraguaçu Paulista - 3ª Câmara Civil - Relator: Pires de Araújo - 27.06.95 - V.U.; Apelação Cível com Revisão n. 426.412-5/5-00 - Itapeverica da Serra - 7ª Câmara de Direito Público - Relator: Guerrieri Rezende - 24.07.2006 - V.U. Voto n. 23.013; Apelação Cível n. 290.078-5/5 - São Paulo - 2ª Câmara de Direito Público - Relator: Alves Bevilacqua - 14/11/06 - VU - voto n. 21.841).

De outra parte, evidentemente não se pode cogitar de má fé do Ministério Público, que sequer age na tutela de interesses próprios, mas antes na qualidade de *instituição permanente e essencial à função jurisdicional*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

do Estado (Constituição da República, art. 127), como *substituto processual* e na defesa de interesses *metaindividuais*.

≈

Os pedidos da inicial são procedentes. Todos eles.

O modo como a ré pretendeu contestá-los, ao sentir do autor, foi mais do que meramente deselegante ou preconceituoso. Desbordou para o terreno da má fé processual, já que alterou a verdade dos fatos (CPC, art. 17, inc. II) e procedeu de modo temerário (idem, inc. V). Afinal, alegou que se tratava de brinde algo que confessadamente vendeu por R\$5,00; fracionou indevidamente lições doutrinárias; usou de preconceito ideológico; chamou de valor educacional a coleção de relógios; maliciosamente referiu-se várias vezes à compra dos relógios com o vocábulo *ganhar* etc.

É caso, pois, de aplicação do art. 18, do Código de Processo Civil, o que fica aqui requerido pelo autor.

≈

Feitas tais considerações, cumpre anotar finalmente que não há controvérsia sobre a matéria de fato. O debate da causa agora comporta exame apenas de matéria de direito, de sorte que a lide reclama o julgamento no estado, nos termos do **art. 330, inc. I, do CPC**.

O Ministério Público, a esse propósito, faz aqui expreso que não pretende a produção de provas.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Mercê de tudo quanto aqui ponderado, ficam os termos da petição inicial integralmente reiterados, para se postular a procedência dos pedidos nela deduzidos.

São Paulo, 17 de outubro de 2008



Paulo Sérgio Cornacchioni
6º Promotor de Justiça do Consumidor

Impresso por: 402.756.498-73 APE 403825
Em: 16/11/2017 - 14:33:47