



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR
Rua Riachuelo, 115 - 1º andar - Sala 130 - Centro - São Paulo - SP - CEP 01007-904
Fone: 3119-9061 / Fax: 3119-9060

MP 09/2

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 41ª VARA CÍVEL DA COMARCA DA CAPITAL – FORO CENTRAL

Ref.: 583.00.2008.169077-0

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por seu representante no final assinado, nos autos da ação civil pública movida em face de **PANDURATA ALIMENTOS LTDA.**, inconformado com os termos da respeitável sentença de fls.974/982, vem interpor o presente recurso de **APELAÇÃO**, com fundamento nos arts. 513 e seguintes e no prazo regulado pelo art. 188, do Código de Processo Civil, requerendo seu recebimento e regular processamento.

Acompanham a presente petição as razões da apelação e seu pedido.

Pede deferimento.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2009

Paulo Sérgio Cornacchioni
6º Promotor de Justiça do Consumidor

Impresso por: 40273649873 ARE 1038825
Em: 16/11/2017 14:53:56

41 DE CIVIL CENTRAL SP-27-02-09-14:58-123087-2/2



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 – 41ª Vara Cível da Capital

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelada: PANDURATA ALIMENTOS LTDA.

razões de apelação

O que atrapalha o brasileiro é o próprio brasileiro. Que Brasil formidável seria o Brasil se o brasileiro gostasse do brasileiro.

NELSON RODRIGUES

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, por seu Promotor de Justiça do Consumidor, nos autos da ação civil pública que moveu contra PANDURATA ALIMENTOS LTDA., vem respeitosamente apresentar as razões de sua apelação, interposta a propósito da r. sentença de fls. 974/982, nos termos adiante deduzidos.

~

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



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

- ✓ Condenação da ré apelada 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 apelada 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 apelada 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 pomo da discórdia entre autor (apelante) e ré (apelada) 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 de "Shrek", conhecido personagem de desenho animado que frequenta o imaginário das crianças.

Em sua contestação, a apelada não impugnou os fatos descritos na petição inicial: em suma, a realização da promoção e sua



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

sistemática. Deixou a matéria de fato incontroversa, pois. Mas pelo mérito advogou a licitude de sua prática comercial.

A r. sentença apelada, de sua vez, não vislumbrou abusividade nos fatos descritos na petição inicial e, por isso, julgou improcedentes seus pedidos — eis a razão do inconformismo expressado no presente recurso de apelação.

A respeitável sentença apelada, *data venia*, incorreu em equívocos — por laborar apoiada em premissas falsas — que lhe fazem exigente de reforma agora em grau de apelação.

Confira-se:

O que diz a sentença	O que diz a própria ré
O relógio do Shrek é um "brinde" (fls. 980)	A aquisição do aludido relógio requer pagamento de preço, "ao custo previamente informado de R\$5,00" (fls. 636)



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

O que diz a sentença	O que diz o CONAR ¹
<p>"é inerente à publicidade seu caráter persuasivo, inclusive sua linguagem imperativa" (fls. 980)</p>	<p>Art. 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.</p> <p>Anexo H</p> <p>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, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis. (Código de Auto Regulamentação Publicitária)²</p>

Tomem-se alguns outros exemplos:

¹ Como se sabe, o CONAR é um conselho privado, formado e gerido pelos próprios profissionais de *marketing*.

² Conforme divulgou o jornal Folha de S. Paulo, recentemente o Conar "vetou cinco comerciais dirigidos a crianças (...) por usar verbos no imperativo" (Folha de S. Paulo, 9/02/2009, caderno Cotidiano, p. C8; cópia anexa a este arrazoado).



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

A sentença considera que o autor ataca a própria existência de atividade publicitária ("a sociedade de consumo não existe sem a publicidade", ressaltou a fls. 978). Mas o autor jamais sustentou algo do gênero. Pretende o autor, isto sim, que a apelada seja compelida a fazer sua publicidade e suas campanhas de *marketing* em conformidade com a Constituição e as Leis.

Outra: a sentença considera que não há venda casada porque ninguém é obrigado a comprar o relógio. Mas esse jamais foi o fundamento da imputação da venda casada. Ao contrário, a obrigatoriedade é concernente à compra dos biscoitos "gulosos": a compra do relógio é que foi condicionada à compra dos biscoitos.

E quando a sentença fala que "não há empecilho no ordenamento" para a prática comercial da apelada (fls. 981), simplesmente faz *tabula rasa* de todos os fundamentos de direito positivo colacionados na petição inicial.

A verdade está aí, estampada, para quem quiser vê-la. E o Direito está igualmente aí ao dispor de quem quiser aplicá-lo.

≈

Eis os fatos incontroversos neste processo:

A apelada Pandurata lançou, com a marca BAUDUCCO, linha de produtos designada por "GULOSOS" — composta por bolinhos, biscoitos e *wafers*.



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

Para promover a venda da linha "GULOSOS", a apelada criou estratégia de *marketing* e publicidade que 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 das crianças e do público em geral por protagonizar filmes (animações) de grande sucesso. O mecanismo da campanha promocional, que vigorou de 12/06/2007 a 19/08/2007, pode ser assim resumido:

- Os produtos da linhas "GULOSOS" passaram a ostentar em suas embalagens imagens do "Shrek" e de outros personagens do filme "Shrek";
- O objetivo da promoção é o consumidor adquirir relógio de pulso com imagem do "Shrek" e de outros personagens do filme "Shrek" (a campanha incluía quatro modelos de tais relógios);
- Para tanto, o consumidor haveria juntar 5 (cinco) embalagens de produtos da linha "GULOSOS" e, nos pontos de "troca" indicados, entregá-los junto com R\$5,00 (cinco reais), para receber então um dos relógios da campanha promocional.

Durante o período da promoção — 12/06 a 19/08/2007 — a ré faturou R\$1.570.631,00 com a venda de produtos da linha "Gulosos"³.

³ A informação foi prestada pela ré no inquérito civil que instruiu a inicial (fls. 468).



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

Conforme constou do próprio regulamento da promoção (então divulgado pela apelada no seu sítio de Internet⁴):

“Para participar, basta juntar 05 (cinco) embalagens de produtos Bauducco, da linha Gulosos, efetuar o pagamento do valor de R\$5,00 (cinco reais) e realizar a troca por 01 (um) relógio promocional Bauducco, com o tema Shrek, especialmente desenvolvido para esta promoção” (fls. 62/63).

Fez parte da campanha publicitária também a exibição, em televisão, de comercial audiovisual (gravado em disco CD; fls. 77), no qual um garoto de tenra idade exhibe seu relógio do *Shrek* a outro mais velho, fazendo-o em tom de vantagem (“**olha que demais!**”), para na sequência do diálogo acabar admitindo: “**tá bom, vai, eu ainda não sei ver as horas**”. No final da propaganda, o narrador esclarece que “**são quatro modelos**” e anuncia apelo imperativo: “**colecione!**”.

O próprio CONAR, de ofício, analisou a peça publicitária e, em decisão liminar, recomendou a sua sustação, com apoio nos arts. 1º, 3º, 6º, 37, 50, letra “c”, e Anexo “H”, do Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária.⁵

≈

⁴ Em www.promocaogulosos.com.br/regulamento.php; acesso em 27 de junho de 2008.

⁵ Em www.conar.org.br, seção Decisões e Casos, Resumo das Decisões, ano 2007, mês de Setembro; acesso em 27 de junho de 2008.



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

Diante de tal substrato fático, o autor entende impossível recusar a ilicitude do proceder da apelada, mormente à vista da prodigalidade de normas positivas que assinalam a ilegalidade:

Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90):

Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

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, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90):

Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.



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

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

Da venda casada.

A prática da *venda casada* é expressamente proibida pelo art. 39, inc. I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC):

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 (...)

Segundo RIZZATTO NUNES, a venda casada se dá quando *"o fornecedor pretende obrigar o consumidor a adquirir um produto ou serviço apenas pelo fato de ele estar interessado em adquirir outro produto ou serviço."*⁶

A prática da apelada caracteriza, sem dúvida, a venda casada, pois existe um único modo de os pequenos consumidores adquirirem os colecionáveis relógios do *Shrek*: a aquisição conjunta e compulsória de cinco produtos da linha *Gulosos*. Não existe a possibilidade de aquisição avulsa dos primeiros, separadamente, o que

⁶ *Curso de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Saraiva. 2005. p. 515.



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

os obriga a comprar o alimento sempre que desejarem obter um dos relógios.

Veja-se que a sentença apelada evidentemente se confundiu, pois não se trata de obrigatoriedade de compra do relógio para poder comprar o biscoito, mas sim o inverso! É indispensável comprar biscoito para poder comprar o relógio, enfim.

A campanha publicitária em questão atrai toda a atenção do consumidor para o relógio do *Shrek*, de sorte a ser natural que tenha ele despertado um desejo específico de aquisição do relógio, independentemente dos "gulosos". Mas só pode comprar o relógio se antes adquirir alguns pacotes do biscoito ou bolo. Vale dizer: a compra de pelo menos 5 pacotes de biscoito é **condição sine qua non** para a subsequente compra do relógio.

No inquérito civil a ré apelada argumentou que não é empresa dedicada à comercialização de relógios. Mas sua estratégia de *marketing* atuou agressivamente para despertar nos consumidores, declaradamente do segmento infantil, o interesse justamente pelo relógio — ou, para ser mais preciso, pelos relógios, já que o apelo publicitário é para que o pequeno consumidor "colecione"!

Esse artifício da campanha da ré fica tanto mais evidente quando se observam as embalagens dos produtos da linha *Gulosos* (fls. 71/76): o maior destaque é sempre para o personagem *Shrek* e para o relógio, ficando em segundo plano o biscoito ou o bolo. O mesmo se deu



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

com a publicidade audiovisual (CD a fls. 77): destaque absoluto para o relógio, praticamente esquecido o biscoito.

Oportuno lembrar que, em caso semelhante, a empresa McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. assumiu com o Ministério Público Federal o compromisso de comercializar os brinquedos oferecidos como "brindes" no denominado "McLanche Feliz" *de forma avulsa*, e não apenas condicionada à aquisição daquele produto. Isso se deu porque naquele caso ocorria o mesmo que ocorre aqui: a criança ficava atraída pelo brinquedo e acabava comprando o alimento porque era o único meio de obtê-lo. Caracterizada lá, como aqui, a venda casada.⁷

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

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*

⁷ TAC assumido nos autos da Representação nº 1.34.001.003115/2005-25, datado de 02 de março de 2006; fls. 112/116, do inquérito civil que instrui esta petição inicial.



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

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”.

Mas não dá para engolir é a comparação infeliz que a apelada faz 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!

Maliciosa na contestação também foi a referência aos ovos de páscoa, que usualmente guardam algum brinde em seu interior. A situação é bem diversa da conduta da apelada, 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 apelada, como ela diz “ao preço previamente informado de R\$5,00”.

Trata-se, enfim, de evidente prática desleal e abusiva, que fere visceralmente a garantia estatuída no art. 39, I, do CDC.



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

A inexperiência e a deficiência de julgamento da criança - a criança como presa fácil.

A estratégia publicitária da apelada manifestamente explorava a inexperiência e a deficiência de julgamento das crianças, o que fere diretamente o disposto no art. 37 e seu § 2º, do CDC.

É notório que as crianças não possuem maturidade (psicológica, emocional e intelectual) bastante para entender o caráter publicitário do apelo. É isso, aliás, que parece inspirar campanhas publicitárias como as que aqui se questiona: com alegorias de sabido interesse infantil, a criança é seduzida à idéia de consumir determinados produtos.

E a reprovabilidade de tal sorte de expediente abusivo é diretamente proporcional a facilidade de seu sucesso de mercado: afinal, parece não ser muito difícil iludir um consumidor que, não raro, ainda acredita em "Papai Noel", "Coelhinho da Páscoa" e "Fada do dente"! Enganar esse indivíduo, mais que uma barbada, é mesmo uma covardia.

Na dicção de CARLOS ALBERTO BITTAR, publicidade é "a arte e técnica de elaborar mensagens para, por meio de diferentes formas de manifestação e de veiculação, fazer chegar aos consumidores determinados produtos ou serviços, despertando neles o desejo de adquiri-los ou deles dispor".⁸

⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor na obra publicitária*. São Paulo: RT, 1981. p.73.

A



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

A sedução do desejo do consumidor é, pois, imanente a toda publicidade. Mas se o consumidor destinatário da publicidade é a criança, a Lei estabelece limites estreitos para a sua licitude. Se todo consumidor é conceitualmente vulnerável na relação de consumo (CDC, art. 4º, inc. I), especialmente vulnerável é a criança, por ser indivíduo em "condição peculiar" (Lei 8.069/90, art. 6º), "em processo de desenvolvimento" (idem, art. 15).

Daí a norma específica do § 2º, do art. 37, do CDC, estatuir a proibição, por abusividade, de toda publicidade que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança".

Tão óbvia é a facilidade de seduzir o consumidor infantil, que agressivas estratégias de *marketing* chegam a extremos surpreendentes, como o caso em que Pepsi, Dr. Pepper e Seven-Up licenciaram nos EUA seus logotipos a um grande fabricante de mamadeiras, com o escopo de inculcar nos bebês a afeição pelas marcas e lhes estimular o futuro consumo de refrigerantes.⁹

Estudos revelam que a grande eficiência das mensagens publicitárias dirigidas ao público infantil decorre da facilidade de sua persuasão, dado que as crianças são sobremaneira mais vulneráveis. Crianças menores de seis anos, por exemplo, têm inclusive dificuldade

⁹ MICHAEL F. JACOBSON cita um estudo que constatou que as crianças estão quatro vezes mais sujeitas a tomar refrigerantes quando essas mamadeiras são usadas [Liquid Candy http://www.cspinet.org/sodapop/liquid_candy.htm (maio 03)].



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

para distinguir a publicidade da programação regular da televisão.¹⁰ Para LEEIA RAO, *"a questão discutível é a forma como a mensagem é embalada para um público que nem entende a intenção da propaganda, nem é capaz de distinguir as desaprovações, falsos argumentos e representações enganosas na mensagem comercial."*¹¹

É tamanha a fragilidade da criança, ante o bombardeio de mensagens publicitárias a que se submete no cotidiano, que os próprios profissionais da publicidade, por intermédio do CONAR, estabelecem normas de proteção especial no Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária:

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;

¹⁰ M K LEWIS AND A J HILL, *Food advertising on British children's television: a content analysis and experimental study with nine-year olds*, Division of Psychiatry and Behavioural Sciences, University of Leeds, UK, *International Journal of Obesity*, Março de 1998, Volume 22, número 3, p. p.207. No mesmo sentido, *Interactive Advertising and Children: Issues and Implications* (www.childrennow.org/assets/pdf/issues_media_iadbrieff_2005.pdf)

¹¹ *Advogados de uma nova sociedade de consumo. in A Criança e a mídia* CECÍLIA VON FEILITZEN E ULLA CARLSSON (orgs.) São Paulo: Cortez/Unesco, 2002, p. 113.



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

- 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;

Quando a publicidade concerne a alimentos, o item 2, do Anexo H, do Código de Auto Regulamentação Publicitária, acrescenta:

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

No caso da publicidade da ré, chegou-se ao absurdo de direcionar o apelo para colecionar relógios a crianças que sequer sabem ver as horas!, como se evidenciou no comercial de televisão da campanha "É Hora de Shrek" (gravação a fls. 77).

Esse achaque mercadológico tanto mais se mostra nefando quando se tem em conta a hipervulnerabilidade da criança, i.e.,



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

sua extraordinária incapacidade de compreender os mecanismos do *marketing* e da publicidade e à sua sedução permanecer imune.

Essa hipervulnerabilidade da criança não é invenção do autor (ou suas "impressões pessoais"), como chegou a dizer a apelada em sua contestação¹². Definitivamente, não se trata de criação do autor, 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 CONSUMO¹³, e do estudo "Consumer Socialization: How do children

¹² Aliás, a fls. 651, com surpreendente impostura, a ré chegou ao extremo de rotular o "discurso" do Ministério Público — pasmem — de "marxista"!

¹³ BJURSTRÖM, Erling. *A Criança e a Propaganda na TV*. Exemplar a fls. 726/775 e disponível também em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/chil dren tv ads bjurstrom port.pdf, acesso em 16 de outubro de 2008.



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

become consumers?", apresentado no Advertising Education Forum (AEF) de 2002¹⁴;

- ✓ **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”;¹⁵
- ✓ **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;¹⁶
- ✓ **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”;¹⁷
- ✓ **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

¹⁴ BJURSTRÖM, Erling. *Consumer Socialization: How do children become consumers?* Exemplar a fls. 776/788, 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.

¹⁵ IOTF – International Obesity Taskforce. *Princípios de Sydney*. Fls. 789/800, disponível também em <http://www.iotf.org/childhoodobesity.asp>; acesso em 16 de outubro de 2008.

¹⁶ Fls. 801/803, disponível também em <http://www.iotf.org/childhoodobesity.asp>, acesso em 16 de outubro de 2008.

¹⁷ Fls. 804/809, disponível também em <http://consint.live.poptech.coop/shared.asp/files/GFSR.asp?NodeID=97478>, acesso em 16 de outubro de 2008.

W



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

marketing, que visam criar o chamado *consumidor do berço ao túmulo*;¹⁸

- ✓ **LAÍS FONTENELLE PEREIRA**, Mestra em Psicologia pela PUCRJ, autora do artigo "Que Infância Estamos Construindo";¹⁹
- ✓ **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 Impacto das Promoções de Vendas na Escolha das Crianças: Estudo Aplicado aos Cereais";²⁰
- ✓ **ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES**, advogada e Mestra em Direito e Ciências Sociais – Direitos Difusos e Coletivos pela PUCSP, autora do artigo "Publicidade Dirigida a Crianças: Impactos e Conseqüências";²¹
- ✓ **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

¹⁸ LINN, Susan. *Crianças do Consumo: A Infância Roubada*. Tradução Cristina Tognelli. São Paulo: Instituto Alana, 2006.

¹⁹ Fls. 810/812, disponível em www1.folha.uol.com.br/fsp/opinião/fz1210200709.htm, acesso em 09 de outubro de 2008.

²⁰ Fls. 813/827, disponível também em http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/o%20impacto%20das%20promocoes%20de%20vendas%20na%20escolha%20das%20criancas.pdf, acesso em 16 de outubro de 2008.

²¹ Fls. 828/851, 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.



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

“Propaganda, Sociedade Global de Consumo e a Criança” no 2º Fórum Internacional Criança e Consumo, em 2008;²²

- ✓ **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;²³
- ✓ **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 alterações no CDC, tendentes a explicitar restrições à publicidade dirigida a crianças.²⁴
- ✓ **MARIA DO CARMO LARA**, Deputada Federal, autora do relatório e substitutivo do Projeto de Lei 5.921/2001;²⁵
- ✓ **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;²⁶
- ✓ **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

²² Fls. 852/863, 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.

²³ Fls. 864/872, disponível em [http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/AAP obesidade/AAP obesity port.PDF](http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/biblioteca/pesquisas/AAP_obesidade/AAP_obesity_port.PDF), acesso em 16 de outubro de 2008.

²⁴ Fls. 873/886.

²⁵ Fls. 887/900, disponível igualmente em [http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/acoes/leihaully-projeto-de-lei/PL 5921 relatoria Maria Carmo Lara.pdf](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.

²⁶ Fls. 901, também disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/584867.htm>, acesso em 16 de outubro de 2008.

W



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

Paulo, autor do artigo "A Publicidade Comercial Dirigida ao Público Infantil";²⁷

- ✓ **ANDREA LAZZARINI SALAZAR**, jurista e consultora do IDEC, autora do artigo "Juridicidade da restrição da publicidade de alimentos prejudiciais à saúde".²⁸

Enfim, ou o Brasil e o mundo já conhecem as verdades ditas na petição inicial há muito tempo ou todos adivinharam o que o autor diria nesta ação e o plagiaram por antecipação.

Os valores

A **proteção à criança** é, no Estado Democrático e de Direito, **prioridade absoluta** do Estado e da sociedade, como preceitua o art. 227, da Constituição da República.

As normas do Código de Defesa do Consumidor que visam resguardar a criança dos malefícios da publicidade perniciosa são, pois, corolário da proteção prioritária consagrada constitucionalmente.

Igual predicado têm as normas estatuídas pela Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente nos arts.

²⁷ 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 (fls. 902/ss.).

²⁸ Fls. 910/912, disponível em http://ultimainstancia.uol.com.br/colunas/ler_noticia.php?idNoticia=55030, acesso em 16 de outubro de 2008.

W



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

15 e 17. O primeiro (art. 15) proclama indelével o respeito à especial condição de pessoa *em processo desenvolvimento*. O segundo (art. 17) faz explícito que o direito ao respeito compreende a preservação dos valores e da integridade moral.

Não se pode conceber que o consumismo cego, que se concebe como um fim em si mesmo e domina o comportamento humano, subtraindo-lhe qualquer traço de razoabilidade, possa ser adotado pacificamente como valor a ser ensinado às nossas crianças.

Como adverte SUSAN LINN, *“quando o assunto é falar sobre o impacto da mídia comercial e da publicidade sobre as crianças, contudo, temos de falar sobre valores”*.²⁹

A proliferação e universalização dos meios de comunicação de massa aliou-se nas últimas décadas ao notável desenvolvimento das técnicas de *marketing*, de sorte que hoje todos estamos, inclusive as crianças, submetidos à publicidade durante praticamente todo o tempo em que estamos acordados. Fácil, em tais condições, apreender a influência que a publicidade pode exercer sobre o público infantil.

O esclarecimento de SUSAN LINN é novamente oportuno: esclarece a estudiosa que inócua pode ser nossa preocupação em verificar os valores das pessoas que cuidam de nossas crianças (p.ex.: babás, professores e médicos), se considerarmos que *“com a*

²⁹ LINN, Susan. *Crianças do Consumo: A Infância Roubada*. São Paulo: Instituto Alana, 2006, p. 221.



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

*proliferação da mídia eletrônica, contudo, a vida de nossos filhos é profundamente moldada por pessoas que não os conhecem e têm de se justificar somente perante seus colegas de trabalho, chefes e clientes”.*³⁰

A publicidade da ré, na campanha “É Hora de Shrek”, a par disso, deve ser considerada no contexto social e econômico da sociedade brasileira, para a qual alguns avanços no passado recente ainda não tiveram o condão de extirpar a pobreza que assola a maior parte dos brasileiros.

Como aceitar sem espanto que, num país de população eminentemente pobre, se ensine a uma criança que ela deva desperdiçar seu dinheiro para comprar coisas que não lhe representam qualquer utilidade? É o caso do relógio do *Shrek* no pulso de um garotinho que ainda não sabe ver as horas, qual mostrado no comercial televisivo da campanha da ré.

Se, para uma criança de tenra idade que não sabe as horas, ter um relógio já é de utilidade questionável, que se dirá então da publicidade que seduz essa mesma criança a ter vários relógios?! — “colecioner”, ordena a propaganda!

O valor transmitido a essa criança é claramente: “consoma coisas inúteis que você possa ostentar.” Ou, sob outra ótica: “não importa se a coisa é inútil, o importante é comprá-la, tê-la em abundância e exibi-la no meio social”.

³⁰ LINN, Susan. *Ob. cit.*, p. 224.



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

A par de tudo isso, a campanha publicitária ainda transmite outro valor reprovável deveras: a ostentação material. É isso que faz o garotinho do comercial de televisão, ao gabar-se perante a outra criança simplesmente por ter um objeto de consumo. Valoriza-se não o mérito pessoal, o denodo, a generosidade, a honestidade, a cordialidade, a simpatia, a amizade. Longe disso, valoriza-se a riqueza material, como fator distintivo de superioridade entre os indivíduos.

*Comprar muitos relógios do Shrek: bom para a ré; péssimo para a criança. Qual dos interesses devemos então preservar? A resposta está proclamada no art. 227 da Constituição da República, e desdobrada no art. 17 do ECA: a criança deve ser prioridade, e **prioridade absoluta!***

Mas a apelada reclamaria que não há na lei a previsão de quais seriam os valores a serem tutelados pelo Direito.

Não existe, 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.



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

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.

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 durante a qual discorreu sobre a dignidade da pessoa humana:

"Esse é um dos problemas fundamentais, a supervalorização da liberdade numa concepção egoísta.



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

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 conseqüência 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 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."³¹

31

Fls.

913/914,

também

disponível

em

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



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

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

Bem já disse MILLÔR FERNANDES: “certas coisas só são amargas se a gente as engole”.

Liberdade de quem?

A apelada ainda chegou 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 SILVA³², 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.

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

³² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996; p. 237/238.



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

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, emérito professor do Instituto de Psicologia da USP, no parecer que emitiu por rogativa do



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

Conselho Federal de Psicologia, o objetivo da publicidade é “penetrar a psique alheia”, para “transformá-la em benefício próprio”³³.

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.³⁴, “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

³³ Fls. 873/seguintes.

³⁴ NUNES JR., Vidal Serrano. *Ob.cit.*



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

invasão da psique do indivíduo, com a manipulação de seu pensamento, pode ser então a antítese da liberdade do pensamento.

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 publicitárias³⁵. 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.³⁶, "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

³⁵ Sobre isso o autor roga sejam conferidos os fartos estudos científicos que instruíram a inicial e a réplica.

³⁶ NUNES JR., Vidal Serrano. *Ob.cit.*



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

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 antinomias³⁷) entre a garantia de uma liberdade da criança 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)

≈

Seja então por qualquer ângulo que se tome a questão, inquestionável é a ilicitude da prática comercial da apelada, descrita na petição inicial e por ela não negada em contestação.

Deve ela ser então compelida a não recidivar e, por outro lado, reparar os danos que já causou. Afinal, quem pratica ato ilícito tem que indenizar (CC, art. 927).

De mais a mais, “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 aqui incontroverso, dado que não impugnado na contestação.

³⁷ 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

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.

A publicidade ilícita produz obrigação de contrapropaganda (CDC, art. 56, XII e art. 60). Mas toda contrapropaganda pressupõe a capacidade de “desfazer o malefício da publicidade” ilícita (CDC, art. 60, § 1º).

Na espécie, não se vislumbra possível uma contrapropaganda que pudesse restituir a sociedade ao *status quo ante*, ou seja, apta a desfazer os perniciosos efeitos da publicidade abusiva, mormente à vista do tempo decorrido desde a sua veiculação.

A alternativa que resta, no que respeita aos danos já produzidos, é a obrigação de a ré indenizar os interesses difusos da sociedade, aviltados pelo seu ato ilícito, já que impossível a obtenção satisfatória do resultado prático correspondente à tutela dos consumidores, dada a impossibilidade material de recuperação do estado anterior ao ato ilícito.

Em tais situações, o CDC prevê a possibilidade de conversão da obrigação de fazer em *perdas e danos*:

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

W



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

§ 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil).

A espécie é então caso exemplar — no que respeita aos danos já consumados — de conversão da obrigação de fazer (contrapropaganda) em “perdas e danos”, em favor da coletividade de consumidores difusamente considerada.

Como na exordial se ponderou, a *indenização* decorrente da conversão prevista no art. 34, § 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.

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.



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

Por isso é que o autor pretende seja a *indenização* fixada em valor não inferior ao correspondente a 50% (cinquenta por cento) do faturamento com a venda dos produtos durante a vigência da promoção, corrigido tal valor desde a época da promoção (agosto de 2007) até a data da efetiva satisfação. Como informou a ré nos autos do inquérito civil (fls. 432), tal faturamento foi da ordem de R\$1.570.631,00 — o que resulta em indenização de no mínimo R\$785.315,50³⁸.

Os pedidos da inicial são procedentes. Todos eles.

De outra parte, o modo como a ré apelada pretendeu contestar os pedidos, ao sentir do autor e consoante destacado na réplica (fls. 703/ss.), 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 (v. fls. 705/706); usou de preconceito ideológico (fls. 706); chamou de valor educacional a coleção de relógios; maliciosamente referiu-se várias vezes à compra dos relógios com o vocábulo *ganhar* etc. (v. fls. 708).

³⁸ O valor da indenização deverá reverter para o Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89



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

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

≈

Mercê de tudo quanto exposto, o Ministério Público autor postula o provimento desta apelação para o fim de, aplicado à ré a sanção do art. 18/CPC, serem julgados procedentes todos os pedidos deduzidos na petição inicial, a saber:

- I. 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; sob pena de multa, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais), devidamente corrigido até a data do recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89;**
- II. 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; sob pena de multa, no valor de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) por peça publicitária, devidamente corrigido até a data do recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89;**
- III. 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**



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

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 valor da indenização deverá ser corrigido monetariamente de agosto de 2007 até a data do efetivo recolhimento, a ser feito em favor do Fundo Especial de Despesa de reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual 6.536/89.

Eis a postulação do apelante.

São Paulo, 26 de fevereiro de 2009

Paulo Sérgio Cornacchioni
6º Promotor de Justiça do Consumidor

Impresso por: 402.756.428-73
EM: 7/17/2017 14:33:55