PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Câmara Especial

Registro: 2013.0000106637

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0007025-09.2010.8.26.0004, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RAGI REFRIGERANTES LTDA., é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DA LAPA.

ACORDAM, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Rejeitaram a matéria preliminar, conheceram e deram provimento ao apelo. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), DESEMBARGADOR DECANO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PÚBLICO.

São Paulo, 4 de março de 2013.

Costabilè e Solimene
RELATOR
Assinatura Eletrônica

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Câmara Especial

Apelação nº 0007025-09.2010.8.26.0004
Apelante: R. R. Ltda.
Apelado: Dr. Promotor de Justiça da Vara da Infância e Juventude do Foro Regional da Lapa
Comarca: Capital − Vara da Infância e Juventude − Foro Regional da Lapa

Voto n. 17.611

PROCESSO CIVIL − PRAZO − CONTAGEM − RECURSO DE APELAÇÃO − Preliminar de não conhecimento por suposta intempestividade − Inocorrência − Data para protocolização final do recurso de apelação que caiu em feriado − Ausência de expediente no Poder Judiciário estadual que fez prorrogar o marco final para o dia útil seguinte − Incidência do disposto no art. 184, §1º do Cód. de Processo Civil − Matéria prefacial rejeitada.

MENOR − SEGURANÇA ALIMENTAR − Obesidade infantil − Refrigerantes − Consumo de açúcares que colocaria em risco a saúde da população infantil e adolescente − Obrigação de não fazer − Interdição da publicidade −Impossibilidade nas condições dos presentes autos − Ausência de fundamento legal específico e de prova incontroversa − Censura que em termos gerais é vedada na Const. Federal − Violação da liberdade de iniciativa e da isonomia − Improcedência da ação − Precedentes − Apelo provido.

Relatório

Cuida-se de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Est. de São Paulo e que contém pedidos consistentes em obrigações de não fazer e de fazer, enumerados a fls. 31/32, e que restou julgada procedente na

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

origem para interditar a publicidade da ré, fornecedora de refrigerantes, a pretexto de assim preservar a saúde da população contra o mal da obesidade infantil (fls. 713/726).

Recurso de apelação interposto pela ré, titular da marca *Dolly*, fundamentado na ausência de legislação proibindo aquela sua atividade comercial, bem como invocando precedentes deste E. Tribunal de Justiça em demandas envolvendo outras empresas que atuam no mesmo mercado. Sem prejuízo, nele ainda foram invocadas supostas violações aos preceitos da isonomia e da livre concorrência, porque, como dito, as tais outras empresas, em demandas assemelhadas, lograram êxito e prosseguiram os negócios sem interdição de seus projetos de *marketing*. No modo de ver da apelante, eventual resultado diferente nesta causa importaria violação da igualdade de tratamento entre concorrentes, já que alguns não estariam obstados pelo Judiciário, pese que em situações idênticas à da ora recorrente. Por fim, a empresa também suscitou que não compete ao Ministério Público legislar (cf. fls. 733/736).

Nos autos está a resposta do apelado (fls. 779/798).

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

A MM. Juíza confirmou sua r. sentença (fl. 778).

A D. Procuradoria Geral de Justiça primeiro opinou pelo não conhecimento do apelo, dada a sua suposta intempestividade, e, alternativamente, no mérito, deu parecer pela reforma parcial da r. sentença, apenas para se consignar a obrigação de a apelante anunciar, nas suas matérias publicitárias, que o consumo excessivo de açúcar pode prejudicar a saúde (fls. 804/807).

Decisão

-1-

Conheço do apelo e com isso, data vênia, rejeito a matéria preliminar deduzida pela D. Procuradoria Geral de Justiça.

Explico.

Respeitosamente, se a data derradeira para interposição do apelo deu-se em 8 de dezembro de 2011, cf. posto no parecer ministerial de fl. 806 *in limine*, não se

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

pode olvidar que naquele dia não houve expediente no foro, por importar data consagrada ao "Dia da Justiça".

A respeito, remeto o leitor ao art. 1º do Prov. 1.850/2010, do E. Conselho Superior da Magistratura, veiculado no DOJ-eletrônico, edição de 15.12.2010 (caderno 1 – Administrativo).

E de tal circunstância decorre a assertiva de que o prazo fatal para protocolização do recurso ficou transferido para a primeira data livre seguinte, dia 9.12.2011, aliás, a mesma anotada na margem da petição da parte que recorre, mais precisamente aquela que contém a apelação, leia-se a fl. 733.

Então, incide na hipótese a figura do art. 184, §1º do Cód. de Processo Civil, que transcrevo:

"Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

§ 1º Considera-se **prorrogado o prazo**

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973)

I - for determinado o fechamento do fórum;

II - o expediente forense for encerrado antes da hora normal (...)" *(verbis).*

Se prorrogado o prazo para o dia da protocolização, é de ver reconhecida a tempestividade do recurso e por tais motivos afasto a preliminar de não conhecimento.

-2-

Algumas considerações se impõem.

Primeiro: o tema é socialmente relevante.

Segundo: a *publicidade* é fenômeno da contemporaneidade, dista da *propaganda* porque enquanto

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

esta é de cunho eleitoral ou religioso, a primeira mais está adstrita ao comércio. Uma de suas vertentes mais controvertida, especialmente nos meios ocupados do estudo do contrato, este como básico exponencial das relações humanas, é a da **publicidade para fidelização do consumidor mirim**. Nos países o tratamento do tema varia em conformidade com a cultura e os costumes locais, não se olvidando a existência de convenção internacional patrocinada pela ONU acerca do tema: a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, que estabelece que o mercado deve ficar "livre de exploração prejudicial a qualquer aspecto do seu bem-estar", referindo-se à menoridade. Ainda assim, há nações em que se consagra atenção diferenciada ao ponto, exercendo-se, ali, pressão grave sobre os meios de produção, um forte controle dessas mensagens através de regulamentos rígidos e da intensa atividade de parte de associações de defesa dos consumidores, bem como aquelas onde “a enraizada cultura de consumo impede qualquer limitação à oferta de bens de produção em massa” (cf. lição de Igor Rodrigues Britto, no seu artigo “Controle da publicidade infantil em Direito Comparado”, *in* “Jus Navegandi”).

Seria possível enumerar exemplos de

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

controle: em Portugal o Decreto-Lei nº 330, de 23 de Outubro de 1990; a Lei Espanhola 25/1994, posteriormente alterada pela Lei 22/1999; no Canadá, o "Quebec Consumer Protection Act"; o "Children's Television Standards", da Austrália; a Diretiva 89/552/CEE da União Européia, de 3.10.1989 etc.

O tema é universal, moderno e merece resposta unívoca, por isto legislativa, especialmente para regulamentar com caráter geral todos os meios produtivos envolvidos.

Em nosso ordenamento nacional *o controle jurídico da publicidade* é admitido, contudo, de modo menos incisivo, com cláusula geral em aberto, recomendável a respeito o trabalho acadêmico do E. Min. Hermann Benjamin, do E. Superior Tribunal de Justiça, que leva o mesmo nome destacado acima em itálico.

Oportuno transcrever, a respeito, o teor do art. 37, §2º da Lei 8.078/90, *verbis*:

"Art. 37. É proibida toda publicidade

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

enganosa ou abusiva.

§ 1° É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2° 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.

Na hipótese agitada nos autos, a leitura de sobreditas regras de cunho material não se pode dissociar dos arts. 220 da Const. Federal, 9º e 10º do mesmo Cód. de Defesa do Consumidor, porque o cerne desta demanda é a preservação da saúde da população menor de idade:

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

"Art. 9° O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1° O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

§ 2° Os anúncios publicitários a que se refere o parágrafo anterior serão veiculados na imprensa, rádio e televisão, às expensas do fornecedor do produto ou serviço.

§ 3° Sempre que tiverem conhecimento

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

de periculosidade de produtos ou serviços à saúde ou segurança dos consumidores, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão informá-los a respeito".

E também transcrevo norma constitucional que regula a comunicação social:

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição**.

(...)

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza **política, ideológica e artística**.

§ 3º - Compete à lei federal:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como **da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde** e ao meio ambiente.

§ 4º - A propaganda comercial de **tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias** estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso".

Não existe base legal, propriamente, para interdição de publicidade alimentar, apenas dever de avisar ao consumidor sobre riscos, sem prejuízo de indenização em provado o dano.

Estes dados são estratégicos para julgamento da demanda, sem olvidar a incidência da isonomia, não apenas como *princípio geral de Direito* (art. 4º da LICC), mas também como base estrutural de interpretação constitucional (art. 5º caput da CF), especialmente em razão da proteção especial dedicada à liberdade de iniciativa e a livre concorrência (Cf., art. 170 e seu inc IV).

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

Ou seja, e resumindo, nos é dado intuir aqui uma antinomia axiológica, de um lado a proteção da empresa e do empreendedor, em relação aos concorrentes, absolvidos de instância igual, do outro a preservação da criança e do adolescente, a prioridade de seu atendimento e sua proteção integral.

-3-

Feitas tais considerações, preservado o convencimento do MM. Juiz, a ação é improcedente e, data vênia, o apelo fica provido, cf. motivação posta a seguir, aliás, escorada em precedentes de igual teor, todos desta Casa, a conferir: Apel. 566.275-4/7 – rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – 4ª Câm. de Direito Privado – 3.9.2009; Apel. 0164688-72.2006.8.26.0000 – rel. Des. Sebastião Carlos Garcia – 6ª Câm. de Direito Privado – 28.4.2011; Apel. 0029619-23.2010.8.26.0002 – rel. Des. Maia da Cunha – Câm. Especial – 19.9.2011; Apel. 0105853-14.2008.8.26.0100 – rel. Des. Márcia Regina Dalla Déa Barone – 10ª Câm. de Direito Privado – 21.8.2012.

Como já destacado acima, o tema não é

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

novo, diz respeito à campanha cívica que é empreendida por diversos setores sociais, aqui o Ministério Público do Est. de S. Paulo, todos no sentido de proteger a população, o consumidor em geral, e, em especial, os menores de idade, contra alimentos que comprometam a saúde, por ex., que conduzam à obesidade infantil, esta tratada nos autos como pandemia de interesse universal.

Pese a relevância da causa, há de se examinar o seu contexto sob a estrita perspectiva de legalidade, já que tal questão foi suscitada pela apelante, que na contestação e no recurso de apelação expressamente negou qualquer irregularidade e garantiu estar cumprindo integralmente os textos normativos acerca da oferta dos seus produtos ao mercado.

O caso contém como cenário de fundo o exercício lógico da contraposição entre o direito à saúde, a proibição da censura, a isonomia de tratamento e a consagração da livre iniciativa, leia-se o item 2 deste voto, temas aqueles todos tratados objetivamente pela Const. Federal.

Cumpriu ao julgador sopesar os valores

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

em discussão, respeitados os lineamentos doutrinários no que toca à hermenêutica, dando proeminência a alguns em detrimento de outros. É certo que os temas, por serem complexos, poderão mesmo merecer tratamento jurisdicional discrepante, tantas são as demandas individuais, distribuídas, por sinal, para juízes diferentes, remanescendo nesta peculiaridade o perigo de resultados contraditórios entre si, tudo a causar o risco da perplexidade. Poderão merecer tratamento discrepante, mas isto é absolutamente não recomendável.

É óbvio que os julgamentos precedentes, pese a dignidade de suas fontes, não vincularam este relator, autorizado que está pela Const. Federal a formar seu livre convencimento independentemente da orientação adotada pela jurisprudência. É igualmente importante destacar, no entanto, a convicção dos Tribunais no sentido de que não existe comando normativo violado para a hipótese de oferta de refrigerantes. Pese isto, o controle jurídico da publicidade é admissível, mas este, para atuar, não dispensa a identificação da ilegalidade da oferta. Este o óbice central aqui não removido.

O Cód. de Defesa do Consumidor, em

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

seus arts. 30, 31, 36, e seu parágrafo único, contém uma versão das *advertising substantiation rules*, do Direito Norteamericano. Por tais textos, há requisitos para que a oferta circule: desde que garanta ao seu receptor o necessário para que ele possa aquilatar a aproveitabilidade, ou não, do que a ele é disponibilizado.

Este ponto apresentou-se extremamente importante e deve ser devidamente destacado, porque uma das pretensões deduzidas nos autos é derivação daquele conceito, ou seja a *corrective advertising*, eventual imposição de contrapropaganda compulsória (item 4 de fl. 32), de modo que o produto, ao ser exposto no mercado, trouxesse em sua embalagem mensagens de advertência, mecanismo igualmente reconhecido pela nossa legislação, cf. o texto posto no art. 56, inc. XII do Cód. de Defesa do Consumidor. Para atender tais interesses, porém, seria preciso conferir base normativa para tanto, posto que a ordem judicial dependia de lei específica para açúcares ou refrigerantes, ou então que o fundamento da sentença repousasse em trabalho técnico acima de quaisquer discussões, atestando que o bem em discussão era sim nocivo, o que nos autos não há.

No feito encontrou-se trabalho juntado

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

a fls. 34/39, mas o mesmo é genérico. Não é específico. Não é conclusivo, por indicar pesquisa relativa a "produtos que causam obesidade" (fl. 34 *verbis*), existindo apenas um quesito em que se reclamou da subscritora a identificação de "determinados produtos alimentícios como potencialmente nocivos à saúde do consumidor" (fl. 37 *in limine* e *in verbis*), quando, somente então, houve uma única e singela menção aos refrigerantes.

Respeitosamente, é muito pouco.

Não nos será dado impor sanções, interdições de *marketing* ou contra-publicidade se não houver afirmação expressa de ilegalidade ou de nocividade incontroversa. E não é supérfluo repetir o *axioma da liberdade* (art. 5º, II da Const. Federal), segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

É imprescindível abstrair a vedação das normas legais e esta, com relação a refrigerantes, não há, confira-se o rol de julgados que introduziu a presente fundamentação.

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

Para no caso concreto incidir os conceitos de *publicidade enganosa* e de *publicidade abusiva* (art. 37 da Lei 8.078/90), seria imprescindível a identificação do que se designou de comunicação falsa, ainda que parcialmente, ou omissão, acerca das características da bebida. Alternativamente, então, que a hipótese seria a de exploração do desconhecimento do incapaz que a consumiu, ou situação da qual se depreendesse que o incapaz fora levado a se comportar de modo danoso para a própria segurança.

Para concluir pelo risco à segurança só o trabalho médico juntado nos autos é inservível, o qual, respeitosamente, não ficou reforçado pelo mais coligido, fundamental tivessem reclamado a elaboração, sob o pálio do contraditório, de prova pericial feita por órgão governamental e que atestasse superiormente o perigo.

Para determinados produtos este é o tratamento dispensado pelo legislador, que, a partir de conclusões profissionais, elegeu controle rigoroso e específico pela Administração, confira-se na Const. Federal o teor do art. 220, que novamente transcrevo:

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

"Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo **não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição** (negrito do relator).

(...)

§ 3º - Compete à lei federal:

(...)

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da **propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente** (negrito do relator).

§ 4º - **A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de**

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

seu uso" (negrito do relator).

E para regulamentar alguns deles – note-se que os refrigerantes ali não se acham inseridos – editaram-se normas específicas, que igualmente, a título de exemplos, consigno no bojo do voto.

Primeiro, a Lei 9.294, de 15.7.1996, com textos originais e já atualizados:

"(...) Art. 3º - É vedada, em todo o território nacional, a propaganda comercial de cigarros, cigarrilhas, charutos, cachimbos ou qualquer outro produto fumígeno, derivado ou não do tabaco, com exceção apenas da exposição dos referidos produtos nos locais de vendas, desde que acompanhada das cláusulas de advertência a que se referem os §§ 2o, 3o e 4o deste artigo e da respectiva tabela de preços, que deve incluir o preço mínimo de venda no varejo de cigarros classificados no código 2402.20.00 da Tipi, vigente à época, conforme estabelecido pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei nº 12.546, de 2011)

§ 1° A propaganda comercial dos

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

produtos referidos neste artigo deverá ajustar-se aos seguintes princípios:

I - não sugerir o consumo exagerado ou irresponsável, nem a indução ao bem-estar ou saúde, ou fazer associação a celebrações cívicas ou religiosas;

II - não induzir as pessoas ao consumo, atribuindo aos produtos propriedades calmantes ou estimulantes, que reduzam a fadiga ou a tensão, ou qualquer efeito similar;

(...)

VI - não incluir, na radiodifusão de sons ou de sons e imagens, a participação de crianças ou adolescentes, nem a eles dirigir-se.

VI – não incluir a participação de crianças ou adolescentes.(Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

§ 2° A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características,

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

advertência escrita e/ou falada sobre os malefícios do fumo, através das seguintes frases, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, todas precedidas da afirmação "O Ministério da Saúde Adverte":

I - fumar pode causar doenças do coração e derrame cerebral;

II - fumar pode causar câncer do pulmão, bronquite crônica e enfisema pulmonar;

III - fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê;

IV - quem fuma adoece mais de úlcera do estômago;

V - evite fumar na presença de crianças;

VI - fumar provoca diversos males à sua saúde.

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

§ 2o A propaganda conterá, nos meios de comunicação e em função de suas características, advertência, sempre que possível falada e escrita, sobre os malefícios do fumo, bebidas alcoólicas, medicamentos, terapias e defensivos agrícolas, segundo frases estabelecidas pelo Ministério da Saúde, usadas sequencialmente, de forma simultânea ou rotativa. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 3° As embalagens, exceto se destinadas à exportação, os pôsteres, painéis ou cartazes, jornais e revistas que façam difusão ou propaganda dos produtos referidos no art. 2° conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior.

§ 3o A embalagem, exceto se destinada à exportação, e o material de propaganda referido neste artigo conterão a advertência mencionada no parágrafo anterior (Redação dada pela Lei nº 10.167, de 27.12.2000)

§ 3o As embalagens e os maços de produtos fumígenos, com exceção dos destinados à exportação, e o material de propaganda referido no caput

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

deste artigo conterão a advertência mencionada no § 2o acompanhada de imagens ou figuras que ilustrem o sentido da mensagem. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.190-34, de 2001)

§ 4° Nas embalagens, as cláusulas de advertência a que se refere o § 2° deste artigo serão sequencialmente usadas, de forma simultânea ou rotativa, nesta última hipótese devendo variar no máximo a cada cinco meses, inseridas, de forma legível e ostensivamente destacada, em uma das laterais dos maços, carteiras ou pacotes que sejam habitualmente comercializados diretamente ao consumidor (...)" *(verbis).*

E, em segundo lugar, a Lei 10.674, de 16.5.2003, literalmente segue:

"(...) Art. 1º Todos os alimentos industrializados deverão conter em seu rótulo e bula, obrigatoriamente, as inscrições "contém Glúten" ou "não contém Glúten", conforme o caso.

§ 1o A advertência deve ser

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

impressa nos rótulos e embalagens dos produtos respectivos assim como em cartazes e materiais de divulgação em caracteres com destaque, nítidos e de fácil leitura.

§ 2o As indústrias alimentícias ligadas ao setor terão o prazo de um ano, a contar da publicação desta Lei, para tomar as medidas necessárias ao seu cumprimento (...)" *(verbis)*.

Para refrigerantes não há regra e nem nos foi dado concluir pela vedação por meio de interpretação sistemática, feita no bojo de exercício hermenêutico, porque não há trabalho conclusivo pelo risco ou pela exploração do desconhecimento feito sob o pálio do contraditório, como já destacado anteriormente.

Não se desconhece a importância do assunto, mas para o eventual acolhimento das interdições comerciais pedidas na inicial era relevante não se afastar da estrita legalidade, pena de, por força do ativismo judiciário, promover o Estado-juiz à condição de legislador.

A respeito cabe uma observação:

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

absolutamente correto suprir-se omissão legislativa quando, e somente quando, o exercício interpretativo decorre do exame de texto normativo e se conclui que a *mens legis* indicava com certeza insofismável um determinado direito subjetivo e a respeito dele, do seu exercício, não seriam necessárias mais outras regras.

Se a Administração, por ex., não atende determinações expressas na Carta constitucional, o administrado dispõe do acesso ao Judiciário para obter os mesmos efeitos e há inúmeros julgados a respeito. No Col. Supremo Tribunal Federal, por exemplo, firmou-se este mesmo entendimento, que também insiro no voto:

"(...) Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam essas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional" (RE nº 603575 AgR/SC – Santa Catarina – 2ª Turma – Rel. Min. Eros Grau – Julg. 20.04.2010).

Não é a hipótese.

Não é possível afirmar inadimplemento do governo se ausente expressa vedação para o comércio em comento, de refrigerantes ou açúcares. A ausência de texto impeditivo importa legalidade do comércio. A respeito, têm curso no Parlamento federal o Projeto de Lei n. 1350/2007, da Dep. Manuela D'Ávila, representante do Rio Grande do Sul, segundo o qual a indústria alimentícia seria obrigada a informar o quantitativo dos ingredientes utilizados na elaboração dos alimentos embalados na ausência do consumidor, e também o Projeto de Lei n. 6451/2009, da Dep. Eliene Lima, representante do Mato Grosso, que especificamente trata sobre (negrito do relator) **"a obrigatoriedade de inscrição da quantidade de açúcar nos rótulos dos refrigerantes, sucos e bebidas similares, bem como de alerta sobre os riscos do consumo em excesso desse produto"** *(verbis).*

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

O Legislativo, pois, está se ocupando do assunto e não à toa, assim também concluiu o Des. Ênio Santarelli Zuliani, em seu voto, aquele que resolveu a apelação 566.275-4/7, *verbis*:

"(...) O Ministério Público sustenta que a obrigatoriedade de exigir que a Coca-Cola cesse o marketing voltado ao público infantil e advirta os consumidores do risco da obesidade está assentada nos arts. 6º, 9º, 31 e 37, do CDC. Convém anotar que a associação dessas regras ocorre quando há publicidade enganosa e prejuízo à saúde do consumidor, o que não se provou com estudos técnicos, mas, sim, avaliações ou estudos estatísticos, o que é insuficiente como justificativa legal para intervenção no regime de mercado da empresa autorizada a fabricar e vender seus produtos".

Respeitosamente, dos docs. juntados com a exordial é dado ver que a obesidade está associada a múltiplos fatores, até mesmo de ordem genética, por isso impossível, pena de ilegal interdição ao comércio, atribuir aos refrigerantes a culpa exclusiva ou preponderante para o problema, que é de saúde pública.

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

Aliás, o julgado acima mencionado fez coro à mesma interpretação predicada pelo Des. Maia da Cunha, no julgamento da apel. 0029619-23.2010.8.26.0002, ao tempo em que compunha esta Câm. Especial, *verbis*:

"(...) retirar de circulação as estratégias de venda promovidas pelas rés, de forma genérica e irrestrita, também acabaria por ferir os princípios da livre concorrência e da igualdade (artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso e 170, inciso IV, todos da Constituição da República; e artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor), e, não colocaria o público alvo aqui tutelado livre das inserções das demais empresas concorrentes, e, pelo contrário, passaria a se colocar em dúvida a própria qualidade e adequação dos produtos comercializados pelas apeladas (...)".

Este o obstáculo irremovível nestes autos: em outros feitos de igual teor, rechaçou-se a série de argumentos aqui repetidos contra a apelante. Eventualmente acolhê-los agora, ainda que parcialmente, além de importar violação ao convencimento jurisdicional daquele que ora assina o voto, elaborado com base na leitura da Const. Federal, também promoveria odiosa distinção.

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

Respeitosamente, oportuno mencionar que "a igualdade não exige razões, somente a desigualdade deve fornecê-las", cf. escólio de I. Berlin, no seu "Equality, Proceedings of the Aristotelian Society", vol. LV, Londres, 1956. Dar tratamento diferenciado a esta empresa, em razão da liberdade de atuação precedentemente garantida às demais, suas concorrentes, exigiria razões, razões que este subscritor delas não dispõe.

Mesmo problema de ordem lógica e teleológica foi enfrentado pelo Des. Sebastião Carlos Garcia, no julgamento da apel. 994.06.164688-0, neste Tribunal de Justiça, sendo oportuna a incorporação daquelas lições neste voto porque delineadas com clarividência e precisão:

"(...) impor restrições e proibições a apenas algumas das empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados enseja a violação ao princípio da livre concorrência, pois somente elas serão sancionadas com restrições e proibições, sendo possível às demais empresas, fabricantes dos mesmos produtos, utilizar-se da via da publicidade para divulgar os seus produtos e com isso aumentar a respectiva comercialização em detrimento das

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

corres, o que fere, por óbvio, o princípio da isonomia.

Como quer que seja, existem inúmeros produtos que contêm açúcar, tais como chocolates, gomas de mascar, balas, pirulitos e cujas publicidades não sofrem qualquer proibição ou restrição. A imposição a somente algumas empresas que fabricam e comercializam produtos contendo açúcar constituiria tratamento desigual entre iguais, o que, como sabido e ressabido, não é permitido em nosso ordenamento jurídico.

Não se pode olvidar, ademais, que as restrições e proibições objeto da presente ação civil pública podem ocasionar confusão entre os consumidores, vale dizer, a restrição e a proibição de veiculação de publicidade de refrigerantes e sucos adoçados impostas somente às empresas constantes dos autos, consubstanciam medida inócua para o fim almejado nesta demanda, porque as demais empresas continuarão veiculando a publicidade referida e os consumidores ficarão sem entender o porquê das empresas-corrés não poderem veicular publicidade ou sofrer restrições nesta publicidade e as outras fabricantes não.

Tais imposições, aliás, poderiam dar a

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

ideia de que as corres fabricam e comercializam produtos mais nocivos à saúde do que as outras fabricantes, fato este que, de resto, não foi cogitado na demanda nem encontra respaldo nos elementos informativos dos autos (...)".

A hipótese em julgamento é exatamente a mesma. A solução alvitrada pela apelada poderia ser acolhida, desde que provada a ilegalidade, direta ou oblíqua. Não há lei proibindo. Os dados postos pela apelante a título de *informação-conteúdo* (características intrínsecas do produto) são suficientes, em acordo com a regulamentação da rotulagem.

Talvez mais adiante haverá texto legal específico, cf. minudências postas neste voto, com as menções aos projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados.

E no que diz respeito à ilegalidade oblíqua, esta demandaria convencimento sobre o risco advindo do consumo daquele produto. É o que se designa como *informação-advertência* (riscos do produto), que não se pode exigir a esta altura exatamente porque o caso é de

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

omissão legislativa, como já explicado.

Como óbice, nestes termos, invoco precedentes do Col. Supremo Tribunal Federal, tanto o contido na ADI 779, rel. Min. Celso de Mello, como o teor da ADI 1755, rel. Min. Nelson Jobim, esta última, no Plenário, j. 15.10.1998 e DJ 18.5.2011, *verbis*:

"(...) Ao Supremo Tribunal Federal, em sede de controle normativo abstrato, somente assiste o poder de atuar como legislador negativo. Não lhe compete, em consequência, praticar atos que importem em inovação de caráter legislativo (...)".

A vedação ao Judiciário como criador de impedimento é, em tais circunstâncias, absolutamente certa cf. precedentes do Pretório Excelso referidos no parágrafo anterior.

Note-se, ainda mais, que o Ministério Público expressamente deu-se por satisfeito com a prova pré-constituída e não almejou produzir prova técnica sob o contraditório, leia-se a fls. 702 e verso, o que prejudicou o

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

seu rol de pedidos, especialmente a parte final do item 4 (fl. 32). Tudo porque a apelante peremptoriamente contestou ser causadora de danos, tornando o assunto controvertido, a exigir dilação probatória (art. 302 do Cód. de Processo Civil).

E todas as pretensões encartadas na presente ação civil pública ainda esbarrariam na violação da isonomia em detrimento da apelante. A respeito, remeto novamente às transcrições das passagens dos julgados dos Des. Sebastião Carlos Garcia e Ênio Zuliani, inseridas no corpo desta decisão.

Diante da inconsistência retro posta, a solução passaria pelo investimento na educação, na pedagogia, pelo menos enquanto não se adotam critérios gerais, pré-determinados e com contornos legais, ou que ao menos as demandas contenedoras de pleitos de interdição do exercício da publicidade sejam fundadas em prova incontroversa, realizada sob o contraditório, preservada a ampla defesa, e das quais exsurja reconhecimento da nocividade daquilo que é oferecido.

Por enquanto, é caso de se prestigiar o

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.

direito do apelante de explorar um segmento comercial ainda não reprovado pelas autoridades públicas, mormente a vigilância sanitária. Daí a improcedência da ação, respeitado o convencimento do MM. Juiz. E incide aqui o disposto no art. 18 da Lei 7.347/85, não cabendo condenação do apelado em custas e honorários, ausente má-fé (REsp 1177597/RJ e REsp 1065401/RS).

Ante o exposto, rejeito a matéria preliminar, conheço e dou provimento ao apelo.

Costabile e Solimene
relator

Este documento foi assinado digitalmente por ROBERTO CARUSO COSTABILE E SOLIMENE.
Se impresso, para conferência acesse o site https://esaj.tjsp.jus.br/esaj, informe o processo 0007025-09.2010.8.26.0004 e o código RI000000FV8QI.