PUC-SP

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Núcleo de Prática Jurídica da Faculdade de Direito em
Convênio com a Defensoria Pública do Estado de SP

Escritório Modelo
Dom Paulo Evaristo Arns

EXMA. SRA. DRA. JUIZA FEDERAL DA 4ª VARA CÍVEL FEDERAL DA SUBSEÇÃO JUDICIÁRIA DE SÃO PAULO – SP

JFSP-FORUM CIVEL-SPI
27/07/2016 11:58 h
Prot. 2016.61000152964-1
0007791-44.2008.403.6103
[GAB] [4a.V CIVEL]
Juntada-JFSP ___/___/____
RF:_____ Rubrica:_____

Processo nº. 0007791-44.2008.4.03.6103
Ação Civil Pública

INSTITUTO ALANA; IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor ("IDEC"), Comunicação e Cultura e INTERVOZES – Coletivo Brasil de Telecomunicações Social ("INTERVOZES"), assistentes litisconsorciais ativos, nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF) em face de AMBEV – Companhia de Bebida das Américas e outros, vêm, à presença de Vossa Excelência, interpor recurso de APELAÇÃO com fulcro nos arts. 1.009 e seguintes do Código de Processo Civil, requerendo a remessa dos autos ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Termos em que,
pede deferimento.
São Paulo, 26 de julho de 2016.

Fabiana Alves Rodrigues
OAB/SP nº 163.009

Manuela de Sousa Roxo Toyomoto
OAB/SP nº. 291.289

Autos do processo: nº. 0007791-44.2008.4.03.6103

Apelantes: INSTITUTO ALANA; IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor ("IDEC"), Comunicação e Cultura e INTERVOZES – Coletivo Brasil de Telecomunicações Social ("INTERVOZES"),

Apelados: AMBEV – Companhia de Bebida das Américas e outros

RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal Regional Federal
Colenda Câmara.

PRELIMINARES

I. Da tempestividade do presente recurso de apelação

Os Institutos Alana e IDEC (Instituto Brasileiro da Defesa do Consumidor), bem como as associações Comunicação e Cultura e Intervozes – Coletivo Brasil de Comunicação Social atuam no presente feito na qualidade de assistentes litisconsorciais.

Deste modo, o polo ativo da Ação Civil Pública em tela é representado pela Procuradora da República, Dra. Adriana da Silva Fernandes, e pelos advogados do Escritório Modelo Dom Paulo Evaristo Arns da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, abaixo assinados.

Diante da pluralidade de procuradores, os assistentes litisconsorciais, ora apelantes, fazem jus ao que dispõe o art. 229, do Código de Processo Civil, segundo o qual:

> *Art. 229. Os litisconsortes que tiverem* ***diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações****, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.*

A aplicabilidade deste artigo não está limitada às partes, sendo pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que os assistentes litisconsorciais também podem se valer da contagem em dobro. Vejamos:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO APELATÓRIO. ASSISTÊNCIA SIMPLES. CONTAGEM EM DOBRO DO PRAZO PARA RECORRER. ARTIGO 191 DO CPC. INAPLICABILIDADE. APELAÇÃO INTEMPESTIVA.*
> *1. **Ao contrário do que se passa no regime da assistência litisconsorcial – em que o assistente transforma-se em litisconsorte do assistido –**, o ingresso no feito de um assistente simples, ainda que representado por advogado próprio, não tem o condão de atrair a incidência do artigo 191 do CPC, não havendo que se falar, por tal razão, em contagem em dobro do prazo recursal. Precedentes do STJ.*
> *2. Agravo interno não provido.*

Desta feita, os assistentes litisconsorciais em tela, justamente por não se confundirem com assistentes simples, têm direito à contagem do prazo em dobro, quando representados por diferentes patronos, como é o caso.

Ademais, além da garantia prevista no art. 229 do Código de Processo Civil, os apelantes têm direito a contagem de prazo em dobro em razão de estarem representados por um escritório de prática jurídica, que mantem convênio com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, conforme documento anexo.

Neste sentido, determina o art. 186 §, 3º, do Código de Processo Civil:

> *Art. 186. A Defensoria Pública gozará de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais.*
> *§ 3º **O disposto no caput aplica-se aos escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito reconhecidas na forma da lei e às entidades que prestam assistência jurídica gratuita em razão de convênios firmados com a Defensoria Pública.***

Diante do exposto, o prazo para interposição da apelação deve ser contado em dobro e da seguinte maneira: a sentença recorrida foi publicada em 22.06.16,

porém, os embargos de declaração opostos pela Ambev interromperam o prazo para os demais recursos, nos termos do art. 1.026 do CPC[1].

Uma vez que a decisão de tais embargos foi publicada em 06.07.16, a contagem do prazo para a apelação recomeçou em 07.07.16. Assim sendo, o prazo final para interposição do recurso é 17.08.16, considerando-se o prazo em dobro e computados apenas os dias úteis, conforme dispõe o art. 219[2] do Código de Processo Civil.

II. Da reiteração do Agravo Retido

O art. 1.009, do Código de Processo Civil, em seu §1º, dispõe que:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.
§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e ***devem ser suscitadas em preliminar de apelação****, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.*

Embora o novo CPC não preveja mais o instituto do Agravo Retido, como fazia o anterior, é cediço na doutrina que os agravos interpostos nesta modalidade à luz do diploma pretérito têm natureza de ato jurídico perfeito e, assim, se do interesse do recorrente, devem ser reiterados em preliminar de apelação ou em contrarrazões se aprouver ao recorrido.

Neste sentido, o Procurador da República Dorgival Viana Júnior explica que:

"Ultratividade ocorre na hipótese de uma norma, embora revogada, continuar a produzir efeitos. Neste tópico abordaremos qual a previsão para que o CPC anterior continua a vigorar (ainda que temporariamente) mesmo após o dia 18 de março de 2016 (data do início da vigência do Novo CPC).
Ato processual já praticado é, por certo, aquele que já foi completado, ou seja, o ato iniciou e se encerrou sob a vigência do CPC Anterior.

---

[1] Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.
[2] Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

> *Exemplo: agravo retido já protocolizado. Embora este recurso específico já não esteja mais previsto no Novo CPC, o agravo já manejado e reiterado no momento da apelação deve ser conhecido e analisado, tal qual previsto no CPC/73.*[3]
>
> (Grifos nossos)

Conforme suscitado no aludido Agravo, os assistentes litisconsorciais pleitearam a produção de provas, o que foi corroborado tanto pelo Ministério Público Federal (fls. 02/73 e 1184) como pela corré Ambev (fls. 825/915), porém rechaçado no despacho saneador de fls. 1186/1189, nos seguintes termos:

> *"(...) Ante a natureza do pedido formulado na presente demanda, entendo ser* ***despicienda a dilação probatória, eis que suficientemente instruída a lide,*** *motivo pelo qual indefiro a produção de provas oral e pericial (...)"* (DJF - 3ª Região, disponibilização segunda-feira, 02 de fevereiro de 2015).

Em que pese o entendimento do juízo singular, a produção de provas nos termos requeridos é imprescindível para a solução da lide, uma vez que há questões de fato em relação às quais o ônus da prova recai sobre as partes, conforme dispunha o art. 373 do CPC vigente à época da decisão.

Embora o artigo 355, do CPC, possibilite ao juiz decidir antecipadamente a lide, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) garantem às partes em litígio o direito de livre manifestação pelas provas que entendem ser necessárias ao deslinde da causa.

Imperioso ressaltar que o direito à prova, sendo manifestação do contraditório e da ampla defesa, princípios fundamentais do Processo Civil, é garantia inerente às partes litigantes, que podem insistir na sua realização, sob pena de cerceamento de defesa.

Nesse sentido, preleciona o ilustre Nelson Nery Junior:

---

[3] JÚNIOR. Dorgival Viana, Direito Intertemporal no Novo CPC. http://www.novocpcbrasileiro.com.br/direito-intertemporal-novo-cpc/

> *"O destinatário da prova é o processo e não o juiz, de modo que* ***não se pode indeferir a realização de determinada prova sob o fundamento de que o julgador já se encontra convencido*** *da existência de fato probando ou da própria questão incidental ou de mérito da causa posta em causa.*
> *Caso a) não haja nos autos prova da existência do* ***fato****, b) for ele* ***controvertido, e, ainda, c) a parte insistir na realização da prova, a parte tem direito à realização da prova, vedado ao juiz dispensá-la.*
> *Na hipótese de o juiz, nessas circunstâncias,* ***indeferir a prova, haverá cerceamento de defesa, com a nulidade da decisão*** *e dos atos processuais que se lhe seguirem"*[4].
>
> (Grifos nossos).

Assim, o juízo *a quo,* ao indeferir o pedido de produção de provas dos apelantes, cerceou seu direito de defesa, de modo que não restou aos litigantes outra alternativa que não a interposição do agravo retido que ora se reitera.

Portanto, diante do exposto, reiteram-se os termos do mencionado agravo retido, a fim de que, dado provimento ao presente recurso, os autos sejam devolvidos ao juízo *a quo* para produção das provas requeridas, que comprovarão o alegado na inicial, sobretudo as questões de fato levantadas, quais sejam: que o investimento em publicidade pelas empresas rés (conduta) acarreta um incremento (nexo causal) dos danos inerentes aos seus produtos alcoólicos (dano incrementado), daí seguindo-se o dever de indenizar.

I. Breve relato do feito

O Ministério Público Federal ajuizou a presente Ação Civil Pública em face das empresas AMBEV S.A. (doravante denominada AMBEV), CERVEJARIAS KAISER BRASIL S.A. (doravante denominada KAISER) e BRASIL KIRIN INDÚSTRIA DE BEBIDAS S.A. (doravante denominada SCHINCARIOL), requerendo a condenação das rés no pagamento de indenização pelos danos provocados em decorrência dos investimentos feitos em publicidade de bebidas alcoólicas do tipo "cerveja/chopp".

Tendo em vista a proteção dos direitos consumeristas e dos direitos da criança e adolescente, foram admitidos no polo ativo, como assistentes

[4] NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo na Constituição Federal. 11ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 223.

litisconsorciais, o Instituto Barão de Mauá (fls. 83/195), Instituto ALANA, IDEC, Comunicação e Cultura e INTERVOZES (fls. 296/407).

O Instituto Barão de Mauá aditou os pedidos feitos pelo Ministério Público Federal. Este, por sua vez, manifestou-se pelo recebimento de tal emenda à inicial, com exceção do pedido alternativo contido na alínea "j", que objetivava a liquidação e a execução da sentença a serem promovidas individualmente pela União (SUS) e pelo INSS, nos termos do art. 97 do CDC, ou ao menos que esse pedido fosse recebido em caráter subsidiário (fls. 198/203).

Posteriormente, foi proferida decisão admitindo a intervenção do Instituto Barão de Mauá, bem como recebendo os pedidos "h", "h1", "h2", "i", "j", "k", "l" e "m" em aditamento da inicial. Quanto aos itens "n", "o", "p" e "q", apesar de não versarem sobre a questão material, também foram recebidos nos mesmo termos do aditamento (fl. 205).

Em seguida, foram encaminhadas, pelo juízo da 2ª Vara Federal de São José dos Campos, ao juízo da 1ª Vara Federal, cópias da Ação Cautelar Inominada n. 2009.61.03.001094-2, para análise de continência (fls. 225/269), situação afastada pela decisão de fls. 271 e 272.

Foi manifestado o desinteresse em ingressar no feito pela União Federal e pelo INSS (fls. 417/424 e 425) e foram admitidos como litisconsortes ativos o Instituto Alana, IDEC, Comunicação e Cultura e INTERVOZES (fl. 428).

Após serem apresentadas as contestações pela SCHINCARIOL (fls. 480/659), pela KAISER (fls. 660/824) e pela AMBEV (fls. 825/994), foi declarada a incompetência absoluta do juízo da 1ª Vara Federal de São José dos Campos, em razão de se tratar de danos de alcance nacional e o feito foi remetido à Capital.

O Ministério Público Federal agravou da decisão declinatória de competência (fls. 1004/1011), tendo obtido efeito suspensivo ao recurso.

A ré Kaiser apresentou réplica. Diante da determinação de especificação de provas, a Schincariol se manifestou às fls. 1034/1038, a corré Kaiser pleiteou o julgamento antecipado da lide, enquanto a Ambev requereu a suspensão do feito até o julgamento do agravo interposto pelo Ministério Público acerca da competência do juízo.

Depois disso, Instituto Alana, IDEC, Comunicação e Cultura e Intervozes apresentaram réplica (fls. 1045/1067). O Ministério Público especificou provas e juntou documentos às fls. 1069/1078.

O pleito da Ambev foi acolhido e o feito suspenso até que a questão da competência fosse definitivamente julgada. Enquanto isso, Instituto Alana, IDEC, Comunicação e Cultura e Intervozes especificaram as provas que pretendem produzir e juntaram documentos (fls. 1083/1098).

Negado seguimento ao agravo interposto pelo MPF, os autos foram redistribuídos à 4ª Vara Cível da Subseção Judiciária de São Paulo.

Os assistentes foram instados a se manifestar se persistia o interesse na produção de provas, respondendo positivamente ao questionamento. O Ministério Público igualmente insistiu na dilação probatória, enquanto a Kaiser peticionou pela apreciação das preliminares apresentadas na contestação e na tréplica.

Em seguida, no despacho saneador, foram afastadas as preliminares suscitadas, indeferido o pedido de inversão do ônus da prova e a produção de prova pericial e testemunhal, tendo a magistrada chamados os autos à conclusão para julgamento (fls. 1186/1189).

Contra o despacho saneador foram opostos embargos de declaração pela KAISER (fls. 1194/1195), interposto agravo retido pela SCHINCARIOL (fls. 1196/1219), pelos assistentes litisconsorciais (fls. 1220/1227) bem como pela AMBEV (fls. 1228/1242).

Diante do caráter infringente dos embargos de declaração opostos pela corré Kaiser, às demais partes foi dada oportunidade de se manifestar a respeito. Os apelantes se pronunciaram às fls. 1320/1324, a SCHINCARIOL, fls. 1325/1326, a AMBEV peticionou às fls. 1327/1328 e o Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 1330/1338..

Os embargos de declaração da KAISER foram parcialmente acolhidos (fls. 1340/135) e contra tal decisão foi interposto agravo de instrumento pela KAISER (fls. 1354/1395).

Foram abertas vistas às partes para apresentarem contraminutas ao agravo de instrumento e aos agravos retidos (fl. 1347). Apresentaram contraminutas aos agravos os assistentes litisconsorciais (fls. 1320/1353), a KAISER (fls.

1396/1400), a SCHINCARIOL (fls. 1401/1407), a AMBEV (fls. 1409/1412) e o Ministério Público Federal (fls. 1415/1420).

Por fim, a MM. Juíza prolatou a r. sentença às fls. 1428/1452.

II. A problemática da publicidade voltada ao público infantil

Dentre outras questões levantas pelo Ministério Público Federal, urge o fato de que a publicidade veiculada pelas empresas rés, relacionadas ao consumo de cerveja e outros produtos alcoólicos, expõe as crianças – assim entendidas as pessoas de até doze anos de idade, conforme a legislação em vigor[5] – ao conteúdo inapropriado de tais publicidades, inadequadas ao seu grau de desenvolvimento.

Os meios de mídia, como a televisão e internet, desempenham cada vez mais um importante papel na formação da criança, ocupando um tempo equivalente ou maior às outras consagradas instituições sociais, como a família e a escola. Nesse sentido, segundo pesquisa do Painel Nacional de Televisores (IBOPE 2014)6, a criança brasileira, superando todas as outras crianças das diferentes nações do planeta, é a que diariamente passa mais tempo em frente à televisão — 5h35, enquanto apenas 3h15 em média são dedicadas à escola, segundo pesquisa da Fundação Getúlio Vargas de 2006.

A hipervulnerabilidade da criança diante da mídia é amplamente comprovada por diversos estudiosos nas mais variadas áreas do conhecimento. Essa vulnerabilidade advém de sua incapacidade de discernir de forma razoável e crítica sobre o conteúdo que lhe é apresentado.

Segundo a advogada e professora de Direito de Família e de Direito da Criança e do Adolescente da PUC/RJ e UERJ, Tânia da Silva Pereira7:

> *"Como 'pessoas em condição peculiar de desenvolvimento', segundo Antônio Carlos Gomes da Costa, 'elas desfrutam de todos os direitos dos adultos e que sejam aplicáveis à sua idade e ainda têm direitos especiais decorrentes do fato de:*

---

[5] "Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade" – Lei 8.069/90

[6] Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/noticias/tempo-diario-de-criancas-e-adolescentes-em-frente-a-tv-aumenta-em-10-anos/

[7] PEREIRA, Tânia da Silva. Direito da Criança e do Adolescente – Uma proposta interdisciplinar. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. Página 25.

- Não terem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos;
- Não terem atingido condições de defender seus direitos frente às omissões e transgressões capazes de violá-los;
- Não contam com meios próprios para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas;
- Não podem responder pelo cumprimento das leis e deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que o adulto, por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, cognitivo, emocional e sociocultural."

Por estarem em processo de formação, a publicidade influencia nas escolhas realizadas pelas crianças.

Neste sentido, entende Vidal Serrano Jr.[8]:

"Toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil parece inelutavelmente maculada de ilegalidade, quando menos por violação de tal ditame legal.
(...)
Posto o caráter persuasivo da publicidade, a depender do estágio de desenvolvimento da criança, a impossibilidade de captar eventuais conteúdos informativos, quer nos parecer que a publicidade comercial dirigida ao público infantil esteja, ainda uma vez, fadada ao juízo de ilegalidade.
Com efeito, se não pode captar eventual conteúdo informativo e não tem defesas emocionais suficientemente formadas para perceber os influxos de conteúdos persuasivos, praticamente em todas as situações, a publicidade comercial dirigida a crianças estará a se configurar como abusiva e, portanto, ilegal."

---

[8] JUNIOR, Vidal Serrano. Constituição Federal: Avanços, contribuições e modificações no processo democrático brasileiro. Coordenação Ives Gandra Martins e Francisco Rezek. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: CEI – Centro de Extensão Universitária, 2008. Páginas 845-846.

Segundo estudo de Alan Vendrame e Ilana Pinsky9, da UNIFESP, o conteúdo das mensagens publicitárias atua no processo de tomada de decisão do indivíduo para o consumo de álcool entre os 7 e 12 anos.

A vulnerabilidade das crianças advém de sua incapacidade de discernir de forma razoável e crítica sobre o conteúdo que lhe é apresentado. Além disso, por estarem em processo de formação, a publicidade influencia nas escolhas realizadas pelas crianças.

Por esses motivos, a publicidade relacionada ao consumo de bebidas alcóolicas deveria ser direcionada exclusivamente aos adultos, em horários apropriados, cuja audiência de crianças e adolescentes é reduzida, haja vista que os adultos, além de serem capazes de analisar criticamente o conteúdo apresentado.

Entretanto, tal juízo não é feito da mesma maneira por crianças e adolescentes, que são exaustivamente expostos a publicidade de cerveja e os chamados *ices* (misturas de marcas famosas de destilados com refrigerantes gaseificados, servidas geladas)[10], uma vez que essas bebidas, por apresentarem teor alcóolico abaixo de 13 Gay Lussac, são anunciadas em qualquer horário do dia ou da noite, eis que não sofrem as restrições impostas nas regulamentações abordadas no item V. Da legislação brasileira acerca do tema.

A restrição à publicidade tem impactos evidentes nos hábitos de consumo de uma sociedade. É fato, por exemplo, que a restrição à publicidade de cigarros na mídia aberta representou a redução significativa do consumo deste produto. Prova disso são os resultados do estudo VIGITEL 2009 do Ministério da Saúde, que constatou a queda do consumo de tabaco entre os jovens: em 1989 o percentual era de 29% de jovens entre 18 e 24 anos contra 14,8% em 2009. Assim, 50% menos jovens foram introduzidos ao consumo de tabaco, demonstrando uma clara correlação com a proibição da publicidade desse produto.

Neste sentido, é fato também que a maioria dos consumidores de bebidas alcoólicas (em especial a cerveja) iniciou seu consumo na adolescência e, com o passar dos anos, evoluiu, em alguns casos, para quadros de consumo excessivo de álcool.

---

[9] Disponível o estudo em: http://criancaeconsumo.org.br/noticias/ministerio-publico-adverte-publicidade-de-cerveja-faz/

[10] Definição extraída do *site*: http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/atualizacoes/ps_121.htm. Consulta realizada em 13.07.16.

A advogada Isabella Henriques, coordenadora do Projeto Criança e Consumo do Instituto Alana, em texto de sua autoria intitulado "A problemática da televisão na vida das crianças brasileiras" afirma:

> "(...) *E o que as crianças mais gostam na publicidade? Cores, música, crianças atuando, personagens, historinhas, ou, resumidamente, aquelas que têm caráter lúdico. E o que elas veem na TV? Absolutamente tudo isso! Repetidas vezes, todos os dias. Em anúncios comerciais de brinquedos, alimentos, roupas, telefones móveis, carros, bebidas, etc.*
> *Toda essa publicidade veiculada na TV não é feita pensada na criança de forma a contribuir com seu desenvolvimento, educação e valores, mas tem o único intuito de vender e, para isso, formar o convencimento do público infanto-juvenil, a qualquer custo. E é aí que está um dos grandes problemas da sociedade dos dias atuais: o custo tem sido muito alto.*
> *Ainda maior em um país como o Brasil, onde se conseguiu, de certa forma, assegurar escola para todos, mas onde a qualidade da educação é muito baixa. Um país no qual apenas 25% da população adulta dominam as habilidades de escrita e leitura. País onde diariamente as manchetes jornalísticas informam crimes cada vez mais assustadores e com um componente de agressividade que causa espanto aos mais insensíveis e que, por isso, faz com que as crianças e os adolescentes das camadas menos privilegiadas da população, sem alternativas, passem seus dias fechados em casa, na frente da TV, em razão do medo de seus pais de que saiam às ruas e sejam vítimas desde balas perdidas a sabe-se lá que outras formas de agressão* (...)"[11].

Na opinião da advogada, a publicidade dirigida a esse público viola o Código de Defesa do Consumidor, pois tira proveito de sua ingenuidade.

O instituto ANDI, ao discorrer sobre esta questão legislativa, explica:

---

[11] HENRIQUES, Isabella. A problemática da televisão na vida das crianças brasileiras. [online] Disponível na Internet via http://www.alana.org.br/banco_arquivos/arquivos/docs/ biblioteca/artigos/ Problematica %20da%20TV.pdf . Capturado em 25 de março de 2009.

"(...) A rigor, a legislação brasileira atual já proíbe a publicidade direcionada ao público de até 12 anos. Isso porque a criança não consegue entender a publicidade como tal (o que viola o princípio da identificação da mensagem publicitária, previsto no Código de Defesa do Consumidor) e não compreende o caráter persuasivo da publicidade, uma vez que tem interpretações muito literais[12]".

Neste sentido, continua Isabella Henriques do Instituto Alana:

"Se o comercial diz que aquele é o melhor chocolate do mundo, a criança simplesmente acredita.[13]"

O consumismo infantil, portanto, é um problema que não está ligado apenas à educação escolar e doméstica. Embora a questão seja tratada quase sempre como algo relacionado à esfera familiar, crianças que aprendem a consumir de forma inconsequente e desenvolvem critérios e valores distorcidos sofrem, de fato, um problema de ordem ética, econômica e social.

III. A publicidade de cervejas

O estudo sobre a relação entre publicidade e consumo de álcool foi intensificado a partir 1990 com a aplicação de metodologias mais apuradas. Isso permitiu um avanço no entendimento dessa relação, com conclusões mais criteriosas que de forma uníssona reiteram que a publicidade de álcool: reforça atitudes pro-álcool; pode ocasionar o aumento do consumo de quem já bebe; influenciar as políticas públicas bem como a percepção dos jovens sobre álcool e as formas de beber e predispõe os jovens a beber muito antes da idade permitida para a compra do produto.

Nas palavras do biólogo e professor César Pazinatto14,

"o impacto (da publicidade de bebidas alcóolicas) é grande pela atratividade que a bebida alcóolica sempre teve. Qualquer

---

[12] Disponível na Internet viahttp://www.andi.org.br/noticias/anmviewer.asp?a=18991&z=18. Capturado em 25 de março de 2009.
[13] Disponível na Internet viahttp://www.andi.org.br/noticias/anmviewer.asp?a=18991&z=18. Capturado em 25 de março de 2009.
[14] Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/noticias/publicidade-de-cerveja-e-o-consumo-precoce-de-alcool/. Acesso em: 15.7.2016.

> *pergunta que se faça para os adolescentes sobre propaganda geralmente tem as de cerveja como as mais lembradas. (...) Ainda podemos observar que as publicidades de cerveja têm grande impacto no consumo precoce de álcool devido ao tempo que possuem na grade da televisão."*

Contudo, para efeitos da ética publicitária, a cerveja não é considerada bebida alcoólica e, por isso, sua publicidade ainda encontra grande apelo nos meios de comunicação, não se limitando ao televisivo, mas se utilizando de revistas, mídia externa, internet, torpedos e patrocínio de shows, festas e outros eventos associados ao público jovem.

Assim, todo e qualquer público, inclusive o infantil, está exposto às diferentes publicidades de cerveja que não possuem espécie alguma restrição, mesmo sendo notadamente uma bebida alcoólica — a que gera maiores gastos na publicidade no Brasil: 80% dos 106 milhões de dólares em publicidade de álcool em 2001 e que em 2006 o valor ultrapassou as cifras dos R$ 700 milhões. Com esse vultoso gasto, entende-se o fato de que o consumo de cerveja representa 85% das bebidas alcoólicas consumidas no Brasil, sendo uma indústria que fatura mais de R$ 20 bilhões por ano.

A publicidade de bebidas alcoólicas seduz crianças e adolescentes porque os apelos em seus comerciais mostram o consumidor de álcool como uma pessoa feliz; cria atitudes positivas com relação ao beber; mostra a bebida como algo obrigatório para a diversão; incita ao consumo precoce; aumenta a atração; influencia o recrutamento de potenciais consumidores; aumenta a pressão no grupo de jovens e adolescentes no consumo da bebida; se aproveita da vulnerabilidade dos mais jovens por meio do uso de músicas enredos e modelos; é feita com linguagem de apelo jovem; utiliza acontecimentos da rotina dos jovens para gerar empatia; concentra-se nos meios de comunicação mais utilizados por jovens e crianças, tais como a televisão, redes sociais e patrocínio de eventos e induz a ideia de que a bebida é um produto rotineiro, associando-a a sentimentos de alegria e sucesso15.

IV. O consumo de bebidas alcoólicas no Brasil

O álcool é a substância química mais utilizada pela humanidade e está presente na maioria das festas e rituais religiosos. Quase todos os países

[15] Disponível em: http://criancaeconsumo.org.br/noticias/17-problemas-publicidade-cerveja/

do mundo nos quais o consumo é aceito possuem ao menos uma bebida típica da qual se orgulham.

Entretanto, o álcool também é considerado uma droga psicotrópica, já que atua no sistema nervoso central, provocando mudanças no comportamento de quem o consome. Tem, ademais, alto potencial para desenvolver dependência.

É uma das poucas drogas psicotrópicas que tem seu consumo admitido e até incentivado pela sociedade, sendo esse, sem dúvida, um dos motivos pelo quais é encarado de forma diferenciada quando comparado com as demais substâncias da mesma espécie.

O Brasil está em 81º lugar no *ranking* mundial de consumidores de bebida alcoólica. São ingeridos anualmente no país 5,3 litros por pessoa. Apesar de não estar entre os primeiros do mundo – (a primeira posição é ocupada pela Rússia, com a média de 13,9 litros), o Brasil preocupa as autoridades de saúde por seu consumo[16] e pelo fato de ser visto pelo mercado de bebidas alcoólicas como um mercado ainda pouco explorado e com um contingente enorme de potenciais consumidores.

Apesar de não estar entre os primeiros do mundo no consumo de álcool – (a primeira posição é ocupada pela Bielorrússia, com a média de 17,5 litros), o Brasil preocupa as autoridades de saúde por seu consumo e pelo fato de ser visto pelo mercado de bebidas alcoólicas como um mercado ainda pouco explorado e com um contingente enorme de potenciais consumidores.

Os números referentes aos problemas associados ao álcool no Brasil não deixam dúvida quanto ao seu potencial devastador, principalmente entre crianças e jovens. Em relação a estes, é importante ressaltar que, em acidentes com motoristas alcoolizados, episódios de violência relacionados ao álcool, intoxicação alcoólica, etc., têm participação numericamente importante e início cada vez mais precoce.

A publicidade tem relação direta e evidente nos hábitos de consumo. O consumo de bebidas alcoólicas tem crescido devido ao aumento da renda média do brasileiro, aliado a fatores de clima e, principalmente, a forte atuação dos fabricantes em ações de *marketing*. De acordo com o especialista Daniel Asp Souza:

---

[16] Disponível na Internet via http://www.folhadonorte.com.br/site/ver.php?manchete=150. Capturado em 25 de março de 2009.

> *"A conclusão a que podemos chegar, como analistas do mercado de bebidas há 35 anos no Brasil, é que este mercado encontra-se bastante movimentado e com muitas oportunidades, portanto, indústria e varejo precisam utilizar todas as ferramentas de marketing para garantir suas participações de mercado.*[17]*"*

Praticar estratégias de preços sem pensar em ações promocionais ou melhoria na distribuição é inócuo. Da mesma forma, também pouco adianta focar apenas na distribuição de produtos sem considerar o bolso do consumidor, cada vez mais disputado. Neste sentido, continua Daniel Asp Souza, no artigo supracitado:

> *"O mercado de bebidas no Brasil tem potencial de crescimento imenso, pois somos um País tropical e ainda jovem. Conquistar o hábito destes consumidores será fundamental para os próximos anos, quando o Brasil terá sua população com mais de 50 anos de idade avançando".*

No caso específico de cerveja, a publicidade tem crescido de maneira impressionante nos últimos anos. De acordo com matéria vinculada na Exame em 201418, a AMBEV é o 5º maior anunciante do Brasil, investindo R$1.691.722.000,00 no setor. Segundo dados do IBOPE Media referentes ao ano de 2013, no site do Media Book19:

> *"Durante o último ano, os investimentos publicitários movimentaram o equivalente a U$$ 51,8 bilhões de dólares no Brasil. O valor corresponde a 58% do total investido em publicidade na América Latina no período. A TV aberta concentrou 53% dos investimentos publicitários, além do merchandising que, sozinho, totalizou 5% das verbas destinadas à publicidade".*

Já está cientificamente comprovada a influência viciosa que as peças publicitárias exercem sobre todos que a elas são expostos. Isto se dá em especial quando

---

[17] SOUZA, Daniel. O mercado de bebidas em cena. Disponível na Internet via http://www.acnielsen.com.br/news/pr20060530.shtml. Capturado em 25 de março de 2009.

[18] Disponível em: http://exame.abril.com.br/marketing/noticias/os-30-maiores-anunciantes-do-brasil-em-2014#6

[19] Disponível em: http://www.mediabook.ibope.com/pais/brasil/2013/abertura/destaque Acesso em 31.03.2015

essas são explicitamente direcionadas ao público jovem e mesmo infantil, com a finalidade de arrebanhar novos consumidores para um produto extremamente nocivo.

Portanto, são necessárias medidas que amparem a parcela da população mais suscetível ao poder de influência da mídia publicitária, assim como a reparação pelos danos causados em decorrência do consumo prematuro e excessivo de bebidas alcoólicas, notadamente de cerveja, expressamente encorajado e difundido pela indústria do álcool.

V. Da legislação brasileira acerca do tema

A Constituição Federal, em seu art. 227, determina que:

> *Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado* ***assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade****, o direito à vida,* ***à saúde****, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.*
>
> (Grifos nossos)

Nesta seara, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), em seu art. 4º, reforça o mandamento constitucional ao reiterar que:

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

O artigo 3º do mesmo diploma é enfático ao afirmar que:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico,

> mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.
>
> (Grifos nossos)

Assim sendo, por força do que dispõe a Constituição Federal, cabe à família, à sociedade e ao Estado garantir às crianças e adolescentes, com absoluta prioridade, o direito à vida e à saúde, bem como assegurar-lhes o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade, conforme disposição do ECA.

Garantir a observância de tais direitos fundamentais implica numa série de medidas a serem adotadas pela família, sociedade e Estado, dentre as quais manter as crianças e adolescentes distantes de produtos capazes de comprometer a sua saúde e o pleno desenvolvimento. Por esse motivo, o art. 81 do ECA proíbe a venda de bebidas alcoólicas às crianças e adolescentes, além de outros produtos capazes de causar dependência física ou psíquica. Vejamos:

> *Art. 81. É proibida a venda à criança ou ao adolescente de:*
> *II - bebidas alcoólicas;*
> *III - produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica ainda que por utilização indevida;*

Para que seja dado efetivo cumprimento aos dispositivos constitucionais e legais mencionados, mister se faz adotar medidas capazes de minimizar a exposição de crianças e adolescentes à publicidade de bebidas alcóolicas, uma vez que a massiva propaganda a qual são submetidos está diretamente relacionada ao incremento no consumo de bebidas alcóolicas por esse público em questão.

Uma das formas de dar cumprimento aos ditames acima transcritos é através da intervenção do Poder Legislativo na restrição da publicidade de

produtos como bebidas alcóolicas. A própria Constituição Federal, em seu artigo 220, determina:

> *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.*
> *§ 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.*
>
> (Grifos nossos)

Nesse cenário, foram promulgadas as Leis 9.294/1996 e 10.167/2000, que trazem alguns aspectos a serem observados pelas agências de publicidade. A primeira norma determina em seu art. 1º:

> *O uso e a propaganda de produtos fumígeros, derivados ou não do tabaco,* ***de bebidas alcoólicas****, de medicamentos e terapias e de defensivos agrícolas* ***estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4º do artigo 220 da Constituição Federal:***
> *Parágrafo único –* ***Consideram-se bebidas alcoólicas, para efeitos desta Lei, as bebidas potáveis com teor alcoólico superior a treze graus Gay Lussac.***
>
> (Grifo Nosso)

Tendo em vista que cerveja, chopp e os chamados *ices* apresentam teor alcoólico abaixo dos 13 graus não são considerados como bebidas alcóolicas para os fins da lei, de modo que não há restrição quanto ao horário em que as propagandas desses produtos podem ser veiculadas na mídia.

Ademais, não houve um aprofundamento da regulação da publicidade e propaganda dirigida ou com abrangência do público infanto-juvenil. Ao determinar que só fosse considerada bebida alcoólica as "*bebidas potáveis com teor alcoólico superior a trezes graus Gay Lussac*", a lei exclui do rol bebidas também alcoólicas e com igual possibilidade de afetar a saúde física e psíquica (vício), como o vinho (cujo teor alcoólico situa-

se por volta de doze graus Gay Lussac), a cerveja e os *ices* com teor de quatro graus Gay Lussac, em média.

Como foi demonstrado, a cerveja, apesar de apresentar um teor alcoólico abaixo de 13 graus Gay Lussac, tem consequências negativas severas à saúde de quem a consome. Além de surtir os efeitos imediatos que todas as bebidas alcoólicas geram no corpo humano (diminuição de reflexos, náuseas, dificuldades na fala etc.), a cerveja também é responsável pela dependência química e psíquica, além de resultar nos problemas sociais relacionados ao consumo de álcool, como os *supra* mencionados. Ademais, a cerveja é considerada uma "porta de entrada", ou seja, é geralmente a bebida por meio da qual o jovem entra em contato com outras drogas, até mesmo pela banalização de sua oferta – inclusive publicitária – e pelo seu fácil acesso.

É evidente que a publicidade agressiva feita pelas indústrias de cerveja atinge as crianças e jovens, fazendo que tal público passe a consumir bebida alcoólica cada vez mais cedo e em maior quantidade, o que dificulta o seu desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social.

Assim, não há dúvidas que tal publicidade, sem restrição de horário, fere o disposto nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do adolescente, bem como os artigos 220 e 227 da Constituição da República.

Sendo assim, tendo em vista tudo que foi apresentado, passaremos, em seguida, a analisar a dissonância existente entre a legislação vigente e a conduta das apeladas.

VI. Da conduta abusiva das apeladas

Verifica-se claramente que as apeladas não respeitam os dispositivos legais pertinentes à publicidade de bebidas alcoólicas tipo cerveja/chopp, já que a desobediência de tal regulamentação é concretizada diariamente pelos anúncios publicitários que assistimos na TV a todo o momento.

Além da desobediência quanto aos princípios sociais consumeristas, tal publicidade também é exibida em horário incompatível com a regulamentação do CONAR, prevista no item 4, conforme segue:

> *4. Horários de veiculação: os horários de veiculação em Rádio e TV, inclusive por assinatura, submetem-se à seguinte disciplinação:*

> *a. quanto à programação regular ou de linha: comerciais, spots, inserts de vídeo, textos-foguete, caracterizações de patrocínio, vinhetas de passagem e mensagens de outra natureza, inclusive o merchandising ou publicidade indireta, publicidade virtual e as chamadas para os respectivos programas só serão veiculados no período compreendido entre 21h30 (vinte e uma horas e trinta minutos) e 6h (seis horas) (horário local);*
> *b. quanto à transmissão patrocinada de eventos alheios à programação normal ou rotineira: as respectivas chamadas e caracterizações de patrocínio limitar-se-ão à identificação da marca e/ou fabricante, slogan ou frase promocional, sem recomendação de consumo do produto. As chamadas assim configuradas serão admitidas em qualquer horário.* (grifos nossos)

Assim, verifica-se claramente que as apeladas, por meio de seus anúncios publicitários, não cumprem a Resolução: por um lado, quanto ao apelo sexual de tal publicidade, que é de conhecimento comum; por outro, não respeitam o horário de veiculação. Tampouco respeitam as disposições previstas no item, referente ao princípio da proteção da criança e do adolescente.

A bebida alcoólica é associada a festas, amizade e confraternização, sendo desconsiderado o comprovado lado nocivo do produto. Dessa forma, é possível inferir que ocorre, em tais peças de publicidade, uma violação ao disposto no art. 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual o fabricante deve responder por, entre outras coisas, informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos oferecidos pelo produto.

Apesar de a publicidade não estar explicitamente inclusa no rol de elementos geradores de defeito do já citado art. 12, a doutrina compreende que ela assim deve ser considerada, uma vez que expõe o produto e seus atributos ao consumidor.

Publicidades como as aqui descritas podem ser consideradas defeituosas, uma vez que não mostram verdadeiramente as consequências que a ingestão do produto pode gerar. Apesar das frases de advertências inclusas por obrigatoriedade (de acordo com a lei 9.294/96), a publicidade de bebida alcoólica, em especial as de cerveja, não demonstram claramente os malefícios do produto.

VII. Do dever de indenização das apeladas

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio estabelece a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados ao consumidor, em casos onde as informações insuficientes ou inadequadas, sobre o produto, acarretam riscos à saúde:

> *Art. 6º São direitos básicos do consumidor:*
> *I - **a proteção da vida, saúde** e segurança contra os riscos provocados por práticas **no fornecimento de produtos** e serviços **considerados** perigosos ou **nocivos**;*
> *[...]*
> *Art. 12. O fabricante, **o produtor**, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador **respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores** por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como **por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos**.*
> *[...]*
> *Art. 17. **Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.***
>
> (Grifos Nossos)

Entendemos haver perfeita subsunção dos supracitados artigos ao caso em tela, já que as apeladas deixaram de observar o dever de prestar informações adequadas ao consumidor, incrementando, em razão da publicidade, os danos causados pelo produto.

Desta forma, podemos conferir a existência da conduta (investimento em publicidade pelas apeladas) que levou (nexo causal) ao incremento dos danos inerentes aos produtos alcoólicos (dano incrementado), gerando, assim, o dever de indenizar na mesma proporção.

Nesses casos a responsabilidade objetiva se configura independentemente da culpa, como leciona Carlos Roberto Gonçalves[20]:

> *"Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em*

[20] GONÇALVES. Carlos Roberto, in Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21/22

alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura). Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. Trata-se, portanto, de classificação baseada no ônus da prova. É objetiva porque dispensa a vítima do referido ônus. Mas, como se baseia em culpa presumida, denomina-se objetiva imprópria ou impura. É o caso, por exemplo, previsto no art. 936 do CC, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas faculta-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do ônus probandi. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpados, pois sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano."

Ademais, constata-se que, conforme exaustivamente demonstrado, a publicidade utilizada pelas apeladas é abusiva, no sentido em que induz o consumidor a comportar-se de forma prejudicial à sua saúde. É o que estabelece o artigo 37, parágrafo 2º do código de defesa do consumidor.

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

(Grifos Nossos)

Constata-se, além disso, que ao deixar de prestar as informações adequadas sobre a lesividade do produto e ao incrementar esse dano, por meio de massivas campanhas publicitárias, as apeladas incorrem em publicidade enganosa por omissão. Nessa linha leciona Ada Pellegrini Grinover:

"Em primeiro lugar, podemos identificar dois tipos básicos de publicidade enganosa: a por comissão e a por omissão. Na

publicidade enganosa por comissão, o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor em erro, ou seja, diz algo que não é. Já na publicidade enganosa por omissão, o anunciante deixa de afirmar algo relevante e que, por isso mesmo, induz o consumidor em erro, isto é, deixa de dizer algo que é. Ademais, a publicidade enganosa pode, quanto à extensão da enganosidade, ser total ou parcialmente falsa. Naquele caso, as informações, em seu conjunto são realmente falsas e outras verdadeiras. A existência de informações parcialmente corretas não faz com que a publicidade deixe de ser enganosa." [21]

Por conseguinte, atentando-se aos fundamentos éticos e normativos expostos, é evidente a necessidade das apeladas da presente ação, representantes de parcela majoritária de toda indústria de bebidas alcoólicas brasileira, serem responsabilizadas e condenadas pelos danos físicos e morais causados a todos aqueles que, por influência significativa da mídia, padecem das consequências do consumo do produto por elas promovido.

Com relação à proteção da criança e adolescente contra os abusos da publicidade, a interpretação conforme da legislação vigente nos levaria a uma realidade totalmente incompatível com as publicidades apresentadas nos canais de televisão em horário nobre, conforme demonstrado exaustivamente até aqui.

Pelo exposto, é necessária a indenização por parte das apeladas nos termos apresentados pelo Ministério Público Federal.

VIII. Da indenização.

A presente ação tem como objetivo a condenação das apeladas no pagamento de indenização pelos danos causados à sociedade civil em decorrência da publicidade indevida de bebidas alcoólicas do tipo "cerveja/chopp".

A pretensão dessa ação é responsabilizar as empresas apeladas pela prática de um ato prejudicial à sociedade, uma vez que, apesar de ser permitida sem restrições, a publicidade de cervejas realizada de forma irresponsável, influencia no consumo dessa droga psicotrópica.

Sendo assim, gerou-se um dano indenizável pelo qual as apeladas deverão ser responsabilizadas. Tal responsabilidade independe de culpa, já que o

[21] GRINOVER. Ada Pellegrini. Código de Defesa do Consumidor, 6ª Ed., Editora Forense Universitária, p. 285.

código de defesa do consumidor estabelece que, nesses casos, a responsabilidade é objetiva, conforme disciplina Flávio Tartuce:

> *Superada essa visualização panorâmica, pelo art. 927, parágrafo único, do atual Código privado, haverá responsabilidade independentemente de culpa nos casos previstos em lei ou quando a atividade desempenhada criar riscos aos direitos de outrem. Em relação aos casos estabelecidos em lei, como primeiro exemplo, cite-se a responsabilidade objetiva dos fornecedores de produtos e prestadores de serviços frente aos consumidores, prevista no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990).*[22]

Desta maneira, cumpre aclarar que o *quantum* a ser fixado em sede indenizatória deverá, também, cumprir caráter pedagógico. Tendo em vista esse escopo, conforme entende o STJ[23], a indenização tem uma finalidade pedagógica, ou seja, objetiva impedir a reiteração de um ato socialmente reprovável e prejudicial.

> *CONSUMIDOR. FORNECIMENTO DE ÁGUA. SUSPENSÃO COM AVISO PRÉVIO. DEMORA EXCESSIVA NO REABASTECIMENTO. EXCESSO DE PRAZO SEM PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA AO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO INDENIZATÓRIO. INVIABILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Ordinária em face da Companhia de Saneamento de Sergipe - DESO, objetivando a condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais por ter havido interrupção do fornecimento de água por cinco dias, abstendo-se a empresa de prestar qualquer assistência aos consumidores. 2. O Tribunal de origem consignou que, "considerando que a indenização contém caráter também punitivo, diante do volume de condenações, entendo razoável o importe de R$ 500,00 (quinhentos reais), pois o valor estipulado pelo magistrado do 1º grau oneraria excessivamente a empresa fornecedora (DESO), levando ainda*

---

[22] TARTUCE. Flávio Direito civil, v. 2 : direito das obrigações e responsabilidade civil, 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense ; São Paulo : MÉTODO, 2014. p. 155.

[23] Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.529.820/SE. Segunda Turma. Relator Min. Herman Benjamin. DJE 10.08.15.

> *em conta que o montante aqui especificado atende também ao caráter compensatório" (fl. 141, e-STJ). 3. A jurisprudência do STJ somente admite a revisão, em Recurso Especial, do valor reparatório dos danos morais quando configurada hipótese de manifesta irrisoriedade ou de exorbitância. 4. In casu, rever o entendimento de que o valor fixado mostra-se adequado para a compensação do abalo sofrido e o cumprimento* ***das finalidades pedagógica e repressiva da punição demanda revolvimento fático-probatório****, que encontra óbice na Súmula 7/STJ. 5. Recurso Especial não provido.*[24]

Portanto, a condenação no pagamento de danos morais pelas apeladas trata-se de uma medida pedagógica, com o objetivo de desincentivar a veiculação de propagandas de cervejas de maneira irresponsável. Dessa forma, faz-se imprescindível o arbitramento de indenização, a fim de estimular uma alteração de tais publicidades e, consequentemente, minimizar seus danos para a sociedade.

IX. Da nulidade da r. sentença recorrida

Ao julgar improcedentes os pedidos formulados na presente Ação Civil Pública, o MM. Juízo *a quo* decidiu a questão meramente afirmando seguir o posicionamento trazido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 22 do Distrito Federal, proposta pelo Procurador Geral da República. Como se verá a seguir, a sentença prolatada está eivada de absoluta nulidade por completa ausência de fundamentação.

A Constituição Federal, em seu art. 93, IX, dispõe que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Vejamos:

> *IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e* ***fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade****, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.*
>
> (Grifo nosso)

---

[24] Idem.

O novo código de processo civil trata com especial cuidado sobre o tema, esclarecendo os limites do que é uma decisão judicial bem fundamentada. É o que leciona Humberto Theodoro Júnior:

> *O novo Código foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízes de primeiro grau e nos Tribunais superiores. Enumerou, em longa série, situações em que, exemplificativamente a sentença não pode,* in concreto, *ser havida como fundamentada em sentido jurídico (art. 489 § 1º). Vale dizer, a legislação atual preocupou-se com a motivação da decisão judicial (seja ela interlocutória, sentença ou acordão), a qual, segundo Taruffo, deve (i) existir de fato; (ii) ser completa; e (iii) ser coerente. Há, evidentemente, em um processo que se pretende democrático e cooperativo, um maior rigor do legislador com relação à motivação.*[25]

Nesse sentido, o art. 498 do CPC/15 deixa claro o que caracteriza a não fundamentação da sentença:

> *"Art. 489. São elementos essenciais da sentença:*
>
> *...*
>
> *§ 1o Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:*
>
> *...*
>
> *V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;"*

Tais preceitos legais foram violados pela sentença a quo, conforme veremos abaixo, no dispositivo da sentença abaixo transcrito que resume o teor da sentença em pauta:

"DECIDO.

---

[25] THEODORO JÚNIOR. Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – Vol. I. 56 ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1341.

> *No tocantes as prescrições arguidas ressalto que se dano houver deve ser observada a prescrição quinquenal.*
>
> *Noto que o objeto da presente ação se resume à discussão acerca da condenação das empresas-rés no pagamento de indenização, em favor da sociedade, através da União/SENAD, para investimento da prevenção e no tratamento de malefícios causados pelo consumo de bebidas alcoólicas.*
>
> *Mister esclarecer que adoto por analogia como razão de decidir a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 22 Distrito Federal, da Relatoria da Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia, que transcrevo in verbis..."*
>
> (grifo nosso)

Ora, se valer de um precedente, em especial quando este figura como único pilar da sentença, sem explicar as razões de fato pelas quais tal precedente tenha conexão com caso concreto, como se deu nesta decisão (assim afirmado pela próprio MM. Juízo *a quo*), acarreta a nulidade da mesma, como claramente enuncia o artigo 489 do CPC/15 supracitado.

É o entendimento da doutrina majoritária, aqui representada por Fredier Didier, que afirma:

> *"Considerando que a eficácia normativa do precedente judicial é hoje uma realidade inexorável no nosso sistema jurídico, bem como que, em um sistema de precedente, a* ***motivação é a pedra de toque, núcleo mesmo - até porque é nela que está o precedente -, é imprescindível exigir maior qualidade na fundamentação dos atos decisórios. Não há mais como reputar suficiente à fundamentação de um ato decisório a mera repetição de termos postos na lei ou de ementas e excertos jurisprudenciais ou doutrinários.*** *É preciso – e exigível - que a decisão judicial identifique exatamente as questões de fato que se reputaram como essenciais ao deslinde da causa e delineie também, de forma explícita, a tese jurídica adotada para a sua análise e para se chegar à conclusão exposta na parte* ***dispositiva.*** *É também preciso - e, igualmente, exigível - que, ao aplicar ou deixar de aplicar um precedente, o órgão jurisdicional*

avalie, de modo explícito, a pertinência da sua aplicação, ou não, ao caso concreto, contrapondo as circunstâncias de fato envolvidas aqui e ali e verifique se a tese jurídica adotada outrora é adequada, ou não, para o caso em julgamento"[26]

(Grifo nosso)

Além disso, segundo Tucci,

"todo precedente é composto de duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que embasam a controvérsia; e b) a tese ou o princípio jurídico assentado na motivação (ratio decidendi) do provimento decisório"[27].

Como o MM. Juízo a quo embasou-se exclusivamente em um precedente e não elaborou nexo relacional entre este e o caso em questão (invalidando tal fundamento decisório como já visto), fica clara a ausência da *ratio decidendi*, já que, ainda segundo os autores, *"Ela é composta: (i) da indicação dos fatos relevantes da causa (statement of material facts), (ii) do raciocínio lógico-jurídico da decisão (legal reasoning) e (iii) do juízo decisório (judgement)"*[28], elementos tais não encontrados no curto texto da decisão.

Devemos, portanto, concluir que a fundamentação que invocar precedentes deverá explicitar, pormenorizadamente, a perfeita subsunção deste ao caso concreto em análise. É, também, o que leciona Marinoni:

Precedentes. Os precedentes são vertidos em textos que dizem respeito a determinados casos. Isso quer dizer que, como todo e qualquer texto, não dispensam interpretação (nada obstante tenham por função reduzir a equivocidade inerente ao discurso das fontes legislativas) a respeito do significado da linguagem empregada e a propósito do respectivo âmbito de aplicação. ***Daí que trabalhar com precedentes significa individualizar razões e conectá-las às hipóteses fático-jurídicas que nela recaem.*** *Por essa razão, trabalhar com precedentes não significa de modo nenhum simplesmente alinhar julgados-condensados ou não em súmulas sem individualizar as suas origens, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto.* ***Não se***

[26] DIDIER Fredier. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 2014.
[27] TUCCI, José Rogério Cruz e. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: RT, 2004. p. 12.
[28] Op. cit. p. 175

> *considera fundamentada a decisão, portanto, que apenas finge aplicar precedentes, mas que na verdade não patrocina efetivo processo de identificação de razões e de demonstração da pertinência da ratio decidendi com o caso concreto. Como refere o art. 489, § 1. 0, V, CPC, é preciso identificar as razões determinantes das decisões e a efetiva ligação com o caso concreto, demonstrando-se que esse se ajusta àqueles fundamentos. Do contrário, não há que se falar em decisão fundamentada.*[29]
>
> (Grifo nosso)

Ademais, a discussão desta ação versa sobre a influência dos vultosos investimentos em publicidade pelas apeladas, que provocam danos pelo consumo de seus produtos e, portanto, seu dever de indenizar a sociedade, ou seja, seu objeto não se relaciona com aquele suscitado na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n.º 22.

Sendo assim, sendo diferentes os fatos, os pedidos e os objetos das ações, não se deve falar em aplicação de precedente, pois as ações não guardam quaisquer relações. O MM. juízo *a quo*, em sua decisão, não enfrentou nenhum argumento alegado pelas partes, limitou-se a transcrever na íntegra o relatório da Excelentíssima Ministra Carmen Lúcia, não fazendo nenhuma menção ao caso concreto, ou seja, sequer preocupou-se em correlacionar os casos que alegou serem análogos.

É cediço que para a utilização de precedente, como forma de fundamentação de uma decisão judicial, convém a aplicação de técnica, no intuito de apurar se a tese jurídica suscitada no precedente se enquadra ao caso concreto. Nessa linha leciona Didier:

> *Fala-se em distinguishing (ou distinguish) quando houver distinção entre o caso concreto (em julgamento) e o paradigma, seja porque não há coincidência entre os fatos fundamentais discutidos e aqueles que serviram de base à ratio decidendi (tese jurídica) constante no precedente, seja porque, a despeito de existir uma aproximação entre eles, alguma peculiaridade no caso em julgamento afasta a aplicação do precedente.*[30]

---

29 MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. --São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 20 I 5. p. 494.
30 DIDIER Fredier. Curso de Direito Processual Civil, vol. 2, 2014. p. 491.

Desta forma, podemos comprovar haver o *distinguishing* entre o precedente invocado e o caso concreto em que se pretende aplica-lo.

Urge, ainda, evidenciar que caso o E. Tribunal entenda estar a causa madura, por ser desnecessária a produção de novas provas, afastando a preliminar de cerceamento de defesa apresentada nas presentes razões de apelação, poderá julgar desde logo o mérito, dando cumprimento ao princípio da duração razoável do processo, previsto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal.

Sobre o instituto contido no artigo 1013, § 3º do NCPC leciona o renomado professor Luiz Guilherme Marinoni:

> *Causa madura. Nos casos de extinção do processo sem resolução de mérito (arts. 485 e 1.013, § 3º, CPC) e nos casos em que a sentença não resolveu o mérito da causa em toda a sua extensão (como ocorre, por exemplo, quando há o acolhimento de alegação de prescrição ou decadência, arts.487, II, e 1.013, §4º, CPC, STJ, 4ª Turma, REsp 719.462/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini,j.20.09.2005,DJ 07.11.2005, p.305), o tribunal, conhecendo da apelação, poderá julgar desde logo o mérito, se a causa estiver em condições de imediato julgamento.*[31]

Por isso, diante dos argumentos ora suscitados, requer seja a sentença declarada nula, em razão da falta de fundamentação da sentença e da falta de enquadramento entre o precedente invocado e o caso concreto, ora em análise.

X. Do pedido

Ante o exposto, requerem os apelantes seja o recurso conhecido e provido, para que a sentença recorrida seja declarada nula e o processo retorne ao juízo de primeiro grau, sendo declarada a nulidade de todos os atos processuais que se seguem ao despacho saneador, visto que houve o cerceamento de defesa pelo indeferimento da produção de provas testemunhais e periciais, conforme aludido em agravo retido, reiterado em preliminares da presente apelação, retomando-se a fase de instrução processual.

---

[31] MARINONI, Luiz Guilherme. Novo código de processo civil comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. --São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 994.

Subsidiariamente, caso Vossa Excelência não entenda pela necessidade de produção de provas, requerem os apelantes seja decretada a nulidade da sentença por falta de fundamentação, conforme o art. 489, parágrafo 1º, IV e V do CPC, de modo que o mérito da presente ação seja julgado por esse E. Tribunal, nos termos do artigo 1.013, parágrafo 3º, inciso IV.

Termos em que,
pede deferimento.
São Paulo, 26 de julho de 2016.

Fabiana Alves Rodrigues
OAB/SP nº. 163.009

Manuela de Sousa Roxo Toyomoto
OAB/SP nº. 291.289