DIAS E PAMPLONA
ADVOGADOS

Carlos Augusto Pinto Dias
José Coelho Pamplona Neto
Andréa Carolina da C. Tavares

Fábio Semeraro Jordy
Fabiano Ferreira Porto
Luiz Felipe Marra Moura
Mariana Sinval Kochi
Tiago Leite Moura
Ana Paula de Almeida
Cibele Jacinto de Araujo
Wellington Paizan
Christiane Morais Naldi
Thiago Rodrigues
Angélica Bononi
Helcio José Alonso Meca
Daiane da S. Xavier dos Santos
Fernanda de Almeida
Débora Castello Bernauer
Janielma Gomes de Souza
Eduardo Daud Ribeiro

Luiz Coelho Pamplona
Ana Keila Marchiori
Walter Jun Uemura

Liene Aparecida de Brito Garcia
Adriana Teles de Carlo
Emily Cardoso Furtado
Antonia Ugneide Lucena Pereira
Cristiany Azevedo Costa
Fernanda Baldi
Isabel Ribeiro Andre
Mariana Fucci Reali
Ana Paula Moreira Gomes
Jaqueline de Lima Silva
Francisco Carlos Marques Reis
Barbara de Melo Gomes
Fernando Goulart Cardoso
Caio Di Stasi Alfredo
Caian Moraes de Oliveira
Álvaro José Vilela Reis Maia

Eduardo H. de Oliveira Yoshikawa
João Augusto Sousa Muniz

Anna Maria da Silveira Muñoz Avzaradel
André de Lima da Silva
Daniela Oliveira B. da Luz
Daniela Bechiolli
Maira de Oliveira Lima Ruiz
Matheus Sobral
Helena Aparecida Moreira e Silva
Edilaine Conceição Trindade
Erika Assis de Albuquerque
Antonio Raphael Cardoso Avelino
Thiago Ortega
Patrícia Moura Rabelo
Luiz Felipe Mazzini Pirajá
Leonardo Hideki Dantas
Giovani Bezerra Bertaco
Marcilene Pereira

Ao
INSTITUTO ALANA
R. Fradique Coutinho nº 50 – 11º andar
São Paulo - SP
CEP 05416-000

São Paulo, 4 de março de 2013.

Att.: Dra. Isabella Vieira Machado Henriques

Ref.: "Notificação" – Promoção China Kids

Prezada Senhora,

TRENDFOODS FRANQUEADORA LTDA. (CHINA IN BOX), sociedade empresária limitada, com sede, nesta Capital do Estado de São Paulo, na Rua Verbo Divino nº 663, Chácara Sto. Antônio, CEP 04719-001, por seu advogado infra assinado, vem pela presente manifestar-se a respeito da "NOTIFICAÇÃO" encaminhada pelo Instituto Alana em 19/FEV/2013.

Av. Nove de Julho 3.147, 1º andar, J. Paulista
CEP 01407-000 - São Paulo – SP
Tel. 011-3887-8527 – Fax 011-3887-3074

OAB/SP nº 2.765

Praça Floriano 55, sala 701, Centro
CEP 20031-000 – Rio de Janeiro – RJ
Tel. 021-2210-2995 – Fax 021-2210-2997

Inicialmente, ressalta a CHINA IN BOX que não reconhece ao Instituto Alana legitimidade para expedir "Notificações" determinando a prática ou abstenção de quaisquer condutas, por se tratar de entidade privada, não integrante da Administração Pública direta ou indireta de qualquer das esferas de governo, sendo, pois, destituída de poder de polícia ou qualquer potestade estatal.

No mais, quanto ao mérito da referida "Notificação", a tese sustentada pelo Instituto Alana, no sentido de que seria de per si ilícita a propaganda/publicidade dirigida aos menores de idade (crianças e adolescentes) não encontra embasamento no ordenamento jurídico brasileiro, tanto que por diversas vezes já foi rejeitada por nossos Tribunais.

Nesse sentido merece ser citado, por exemplo, o julgamento proferido pela 7ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível nº 990.10.282755-0, em que foi confirmada sentença de improcedência de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo:

> "AÇÃO CIVIL PUBLICA - Improcedência - Confirmação - Venda casada - Inocorrência - Chaveiros sem valor comercial - Estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas - Configuração - Publicidade enganosa ou abusiva - Não caracterização - Crianças estão sob orientação e autoridade paternas - Recurso não provido" (TJSP – 7ª Câmara de Direito Privado – Apelação Cível nº 990.10.282755-0 – Rel. Des. Sousa Lima – j. 01.12.2010 – v.u.).

Referida demanda tinha o propósito de proibir a distribuição de chaveiros (= brinde) com o propósito de incrementar a venda do produto, estratégia a respeito da qual assim se manifestou o Rel. Des. Sousa Lima, em seu voto vencedor:

> "Constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de *marketing* voltada ao incremento das vendas, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não ao público infantil.

> Tome-se, como exemplo, as figurinhas de jogadores de futebol, que antigamente eram comercializadas juntamente com balas de caramelo, isso sem contar, mais recentemente, com a propaganda feita por outras empresas de renome, como a Nestlé, a Sadia, a Bauducco (fls. 660/680).
>
> Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos salgadinhos, mas essa prática não configura venda casada nem é proibida por não constituir publicidade enganosa ou abusiva, segundo a definição do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor".

No mesmo sentido decidiu a Câmara Especial do Tribunal de Justiça no julgamento da Apelação nº 0029619-23.2010.8.26.0002, em que também foi confirmada sentença de improcedência proferida em ação civil pública movida pelo Ministério Público com o propósito de que fosse proibida a publicidade de produto voltado para o público infanto-juvenil:

> "Ação Civil Pública. Comercialização de alimentos. Material publicitário voltado para o público infantil. Ausência de vedação constitucional ou legal de tal prática, não podendo se presumir que todo e qualquer material publicitário voltado para o público infanto-juvenil seja lesivo. Princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República). Tutela da livre concorrência e do princípio da isonomia (artigo 170, da Constituição da República). Recurso improvido" (TJSP – Câmara Especial – Apelação Cível nº 0029619-23.2010.8.26.0002 – Rel. Des. Maia da Cunha – j. 19.09.2011 – v.u.).

Em seu voto, destacou o Rel. Des. Maia da Cunha que uma tal proibição não encontra amparo no direito vigente, afrontando, pois, o princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF):

> "O que se tem é a análise da legalidade das campanhas publicitárias voltadas ao público infantil (utilização de termos, imagens lúdicas e estratégias de venda para atrair o público infantil).

Por força de cláusula pétrea, a trazer em seu bojo a essência do princípio da legalidade, "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*" (artigo 5º, inciso II, da Constituição da República).

Portanto, de forma abstrata e genérica, consoante pugna o apelante em sua petição inicial e apelação, apenas e tão somente poderia o Poder Judiciário reconhecer a ilegalidade das peças publicitárias promovidas pelas apeladas (todas e quaisquer delas), se o ordenamento jurídico vigente expressamente proibisse tal conduta.

Em suma, se o poder constituído do Estado, o Poder Legislativo, após cumprimento do processo legislativo, tivesse adotado como norma padrão para a sociedade brasileira a proibição de tal conduta, assim poderia o Poder Judiciário decidir. Contudo, **não tendo sido adotada tal norma, não há como se imputar ilegal uma peça publicitária apenas e tão somente porque é voltada para o público infantil**.

Tal qual pretendido pelo apelante, estaria o Poder Judiciário, ao arrepio dos princípios constitucionais e da Lei, a promover censura prévia, e, portanto, a cercear a manifestação do livre pensamento (artigo 5º, incisos IV e IX, da Constituição da República)" – grifou-se.

Veja-se, que, nos dois processos acima citados, **o Ministério Público não interpôs recurso contra as decisões de segunda instância**, tendo ambas transitado em julgado.

Com efeito, tivesse a tese defendida na "Notificação" amparo no direito vigente não estaria em discussão no Congresso Nacional projeto de lei ordinária (PL 59221/2001) que tem por objeto, precisamente, a restrição à publicidade/propaganda voltada às crianças e adolescentes.

Tanto assim que mesmo em se tratando de produtos considerados "não saudáveis", como refrigerantes e similares, igualmente tem o Poder Judiciário rejeitado qualquer pretensão de restringir a sua publicidade, por falta de amparo jurídico:

"AÇÃO CIVIL PUBLICA - Pleito ajuizado pelo Ministério Público em face de grande empresa fabricante de refrigerantes e sucos adoçados, com o objetivo de restringir a publicidade destinada às crianças e aos adolescentes, sob o fundamento de que o açúcar contribui para a existência de epidemia de obesidade - Sentença parcialmente procedente - Inconformismos da ré e de terceiros prejudicados - Publicidade de produtos contendo açúcar que não é vedada nem restrita pelo ordenamento legal vigente - Imposição das medidas requeridas pelo Parquet que consubstanciariam violação à livre concorrência e ao princípio da isonomia - Existência de inúmeras fabricantes de produtos que contêm açúcar - Precedente deste E. Tribunal de Justiça - Apelos providos" (TJSP – 6ª Câmara de Direito Privado - Apelação 9197805-66.2004 – Rel. Des. Sebastião Carlos Garcia – j. 29.04.2010 – v.u.).

"Consumidor e publicidade - Refrigerante Coca-Cola e riscos de obesidade pelo exagerado consumo - Não obstante possa incluir a ingestão de refrigerantes calóricos entre as causas que explicam o excesso de peso, já considerado em estudos como epidêmica em alguns países, não se justifica restringir o marketing do fabricante, impedindo que implemente campanhas publicitárias voltadas ao público infantil, pela impossibilidade de caracterizar a estratégia comercial como publicidade enganosa, sendo já sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditais que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento" (TJSP – 4ª Câmara de Direito Privado – Apelação nº 566.275.4/7 - Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani – j. 03.09.2009 – v.u.).

E tem agido corretamente o Poder Judiciário ao assim decidir, pois, como bem ressaltou o Des. Sousa Lima em seu voto na supracitada Apelação Cível nº 990.10.282755-0, a proibição da publicidade/propaganda de produtos cujo consumo excessivo não se revela saudável não pode ser um substituto fácil para o dever dos pais de zelar pela criação de seus filhos ("em relação às crianças, nada substitui a orientação e autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil").

Atenciosamente,

Carlos Augusto Pinto Dias
OAB/SP nº 124.272