

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA ^a VARA
DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DA COMARCA DE SÃO PAULO

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**,
por meio do 1º Promotor de Justiça do Consumidor da Capital sig-
natário, vem respeitosamente perante Vossa Excelência para, com
fundamento no art. 129, inc. III, da Constituição Federal, nos arts.
81, § único, incs. I e III, 82, inc. I, e 83, todos do Código de Defesa
do Consumidor, no art. 5º, *caput*, da Lei Federal nº 7.347/85, e no
art. 25, inc. IV, *a*, da Lei Federal nº 8.625/93, propor **AÇÃO CIVIL
PÚBLICA**, a ser processada pelo rito ordinário, contra

NESTLÉ BRASIL LTDA., pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob
nº 60.409.075/0001-52, com endereço na Avenida Nações U-
nidas, 12.495 – Brooklin Novo, São Paulo-SP, CEP 04578-902,

para que sejam acolhidos os pedidos ao final formulados em razão dos
fatos e fundamentos jurídicos a seguir aduzidos:

SINOPSE: Publicidade dirigida a crianças – Apologia
de comportamento eticamente condenável –
Abusividade – Exploração da deficiência de julgamen-
to e experiência da criança – Violação da integridade
psíquica e moral da criança e do adolescente – CDC,
art. 37, § 2º; ECA, art. 17 – Danos indenizáveis.

DOS FATOS

A Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital
instaurou inquérito civil (nº 14.161.905/06-3) para apurar eventu-

al ilegalidade de peça publicitária do produto *Chokito*, fabricado por Nestlé Brasil Ltda., uma vez que a mensagem contida no filme “*Melhor avô do mundo*” estimularia crianças a dissimular sentimentos e bajular adultos para obter guloseima como recompensa.

A peça publicitária foi veiculada centenas de vezes por diversas emissoras de televisão, e apresenta uma criança do sexo masculino que trava os seguintes diálogos, respectivamente, com o seu avô, com um porteiro e com o locutor:

Criança (*dirigindo-se ao avô, que tem um chocolate na mão*):

- **Vô, sabia que você é o melhor avô do mundo?**

A mesma criança (*dirigindo-se agora ao porteiro, que tem um chocolate na mão*):

- **Oi, sabia que você é o melhor porteiro do mundo?**

Locutor:

- **Leite condensado, caramelizado, com flocos crocantes e coberto com o delicioso chocolate Nestlé. Não tem fórmula mais gostosa.**

Criança (*dirigindo-se ao locutor*):

- **Oi, sabia que você é o melhor locutor...**

O Ministério Público constatou que esta peça publicitária aproveita-se da deficiência de julgamento e experiência da criança e a desrespeita, na medida em que viola sua integridade psíquica e moral e atinge seus valores, contrariando prescrições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) e do Estatuto da Criança e

do Adolescente (ECA). Tendo sido transmitida a um universo significativo de crianças, causou-lhes danos que devem ser reparados.

DO DIREITO

Adulação como comportamento socialmente reprovável

O comportamento da criança exibido na publicidade em questão demonstra valores socialmente reprováveis. Com efeito, o que temos é verdadeira *apologia da adulação*, retratada como conduta aceitável. Ao apresentar criança supostamente arguta praticando com naturalidade a adulação, a publicidade ajuda a estimular a manipulação das pessoas e a falsidade como expedientes justificáveis a fim de atingir interesses próprios.

O CONSELHO REGIONAL DE PSICOLOGIA, atendendo a consulta da Promotoria do Consumidor, em parecer lavrado pelos psicólogos ALESSANDRA LIMA MOREIRA, ANDRÉA TORRES, DREYF DE ASSIS GONÇALVES, MARIA DE FÁTIMA NASSIF e RODRIGO DE SOUZA AMADOR PEREIRA (fls. 59/62) concluiu que:

A peça ressalta um comportamento que, embora já utilizado em maior ou menor medida por muitas crianças, nem por isso é desejável como padrão de comportamento. (...)

O adulto, que detém o poder de compra, representa aí para a criança somente o suprimento de uma necessidade ou capricho de caráter material ou supérfluo. (...)

(esse tipo de comportamento) é apresentado com uma valoração positiva que obviamente não tem como modelo de comportamento. Ela não apresenta uma perspectiva de comportamentos que favoreçam o desenvolvimento de julgamentos e experiências construtivas nas relações entre adultos e crianças. A perspectiva apresentada é meramente a de vincular a expressão e a troca de afetos à possibilidade de consumo material.

(...) é inegável que ela (*propaganda*) interfere em valores, na medida em que propõe como claramente positivo um padrão de comportamento manipulador e oportunista, con-dizente com uma cultura de “levar vantagem” que não con-tribui em nada para a melhoria ética e moral de nossa soci-idade.

A adulação, ou bajulação, não pode com efeito ser retratada como comportamento eticamente idôneo, principalmente quando se trata de mensagem publicitária dirigida ao público in-fantil, pois, como visto, a criança não possui maturidade suficiente para entender a verdadeira intenção persuasiva da propaganda ou, no caso, seu caráter supostamente jocoso.

A adulação – definida como “elogiar em excesso, de modo servil; bajular, lisonjear”¹ – é conduta que deve ser conside-rada, sempre, *recriminável*, pois o adulador serve-se da falsidade, da dissimulação e da mentira, como ardil destinado a granjear a estima de alguém, visando na verdade favores relacionados a inte-resses próprios. É um egoísta travestido de altruísta, que manipula os sentimentos alheios de forma imoral em seu próprio benefício.

TÁCITO (55-120 d.c.) referiu-se aos adultores como “a pior espécie de inimigos” (“*essimum inimicorum genus laudan-tes.*” – *Vida de Agrícola*). O Padre ANTÔNIO VIEIRA, no “Sermão da Primeira Sexta-Feira da Quaresma” (1651), condenou os adulado-res através das seguintes passagens:

Os domésticos, os familiares, os que só são admitidos a ouvir e ser ouvidos, estes são os adultores e por isso, os inimigos.

(...)

¹ Cf. *Dicionário Houaiss*.

Santo Agostinho, autor em toda matéria primaz, com doutrina tirada da escolha de el-rei Davi, ensina que há dois gêneros de inimigo: uns que perseguem, outros que adulam; mas que mais se há de temer a língua do adulador que as mãos do perseguidor (...) A mão do perseguidor arma-se com a espada, com a lança, com a seta, com o veneno, e com todos os outros instrumentos de ferir e matar, diz o maior doutor da igreja que mais se há de temer a língua desarmada do adulador, que todas as armas do perseguidor e inimigo.

(...)

Que diz Pitágoras? (...) Gosta antes dos que te arquem que dos que te adulam, e tem maior aversão aos adultores que aos inimigos, porque são piores. – E Sócrates, que diz? (...) A benevolência dos adultores dá-lhe logo as costas, e foge deles como de inimigos, por que te não suceda algum infortúnio dos que a adulação traz sempre consigo.

A influência negativa da propaganda no comportamento e na formação das crianças repercute em sua educação, e pode comprometer o esforço dos pais que procuram transmitir a seus filhos valores que acreditam corretos. Procuram também os genitores selecionar cuidadosamente as pessoas que convivem com os seus filhos, seja em casa, na escola ou em qualquer outro ambiente de convívio social. Tudo para evitar o contato com indivíduos que possam exercer influência negativa sobre os seus filhos, em razão de possuírem valores que consideram inadequados. Todavia, quando os valores são transmitidos através da mídia, os pais não detêm nenhum controle, conforme explica a professora SUSAN LINN:

Quando o assunto é falar sobre o impacto da mídia comercial e da publicidade sobre as crianças, contudo, temos de falar sobre valores. (...)

Com a proliferação da mídia eletrônica, contudo, a vida de nossos filhos é profundamente moldada por pessoas que não os

conhecem e têm de se justificar somente perante seus colegas de trabalho, chefes e clientes. Como não encontramos as pessoas responsáveis pelas campanhas de marketing direcionadas aos nossos filhos, é improvável que passemos muito tempo pensando sobre seus valores. Obviamente, os valores que motivam suas vidas particulares – como tratam sua família, colegas e amigos – não são de nossa conta, mas, uma vez que os executivos de marketing têm tanta influência sobre nossas crianças, acredito que os valores que instruem o seu trabalho são de nossa conta.²

É evidente que a mensagem publicitária em apreço, ao estimular as crianças a bajular adultos, pode provocar de forma não natural situações de desconforto e até de conflito nas relações entre pais e filhos, pois a criança, ingênua e inocente, se resolver imitar a criança protagonista do reclamo para conseguir a guloseima, estará importunando indevidamente seus pais. Nas palavras da psicóloga MARIA HELENA MASQUETTI,

Se o garoto, agindo com naturalidade, simplesmente pedisse o bombom, poderia ouvir um não. E ouvir “nãos” dos adultos, tanto pode implicar numa imposição saudável de limites como uma negação insensível geradora de frustração na criança. Porém, de qualquer forma, em ambas as situações, a criança estaria submetida a uma possibilidade mais condizente com a realidade, o que é sempre mais saudável para a sua formação psíquica. Além disso, suportar frustrações significa admitir que nem tudo o que queremos é possível, diminuindo o número de pessoas que não medem conseqüências, nem prejuízos alheios, para a realização de seus desejos.³

² *Crianças do Consumo - A Infância Roubada*. São Paulo: Instituto Alana, 1ª edição, 2006, pp. 221 e 224.

³ Resposta a consulta formulada pelo Instituto Alana, fls. 11/12.

A necessidade de proteger as crianças

A preocupação com a formação da criança não é nova. Há mais de dois mil anos o filósofo PLATÃO manifestou-a assim em uma de suas mais conhecidas obras, *A República*:

Começamos por contar fábulas às crianças.

Estas são fictícias, por via de regra, embora haja nelas algo de verdade.

As fábulas, na educação das crianças, aparecem antes da ginástica.

O princípio é o mais importante em toda a obra, sobretudo quando se trata de criaturas jovens e tenras; pois neste período de formação do caráter é mais fácil deixar nelas gravadas as impressões que desejarmos.

Não poderemos então permitir, levemente, que as crianças escutem quaisquer fábulas, forjadas pelo primeiro que apareça.

Trataremos de convencer às mães e às amas que devem contar às crianças apenas as histórias que forem autorizadas, para que lhes moldem as almas por meio das histórias melhor do que os corpos com as mãos.

Será então preciso rechaçar a maioria das fábulas que estão atualmente em uso: jamais devem ser narradas em nossa cidade, nem se deve dar a entender a um jovem ouvinte que ao cometer os maiores crimes não fez nada de extraordinário; nem tampouco se deve dizer uma palavra sobre as guerras no céu, as lutas e as ciladas que os deuses armam uns aos outros, o que, aliás, nem é verdade.

Pelo contrário, se houver meio de persuadi-los de que jamais houve cidadão algum que tivesse se inimizado com outro e de que é um crime fazer tal coisa, esse, e não outro, é o gênero de histórias que anciãos e anciãs deverão contar-lhes desde o berço, pois os meninos não são capazes de distinguir o alegórico do literal e as impressões recebidas nesta idade tendem a tornar-se fixas e indeléveis.

Portanto, é da mais alta importância que as primeiras fábulas que escutarem sejam de molde a despertar nelas o amor da virtude (*Livro II*).

O cuidado em impedir que pessoas em formação tenham acesso a conteúdo considerado impróprio para suas idades vigora há muito tempo para as diversas formas de expressão, tanto para publicações, como para projeções cinematográficas, encenações teatrais, e programas de televisão. A classificação de programas, por exemplo, é solução que a Constituição Federal brasileira propõe para conciliar a liberdade de expressão com a proteção de crianças e adolescente. Trata-se de mecanismo tradicionalmente adotado em diversos países com a finalidade de proteger o público infanto-juvenil. Na Comunidade Européia, que reúne alguns dos países de maior tradição democrática do mundo, só se admitem “programas susceptíveis de prejudicar gravemente o desenvolvimento físico, mental ou moral dos menores” se, “pela escolha da hora de emissão ou por quaisquer medidas técnicas, se assegurar que, em princípio, os menores que se encontrem no respectivo campo de difusão não verão nem ouvirão essas emissões.”⁴

A necessidade de proteger as crianças do assédio da publicidade

A publicidade comercial existe para *estimular* o consumo de bens e serviços⁵ e, considerada sua difusão em veículos de massa, é certo que causa considerável repercussão no comportamento das pessoas. O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação

⁴ *Televisão sem Fronteiras*, Diretiva adotada pelo CONSELHO e PARLAMENTO EUROPEUS, que estabelece o *Plano Regulamentar Geral para o Exercício das Atividades de Radiodifusão Televisual na União Européia*, art. 22, itens 1 e 2.

⁵ O Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária define publicidade como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias” (artigo 8º).

Publicitária reconhece que “a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população”.⁶ A proteção à criança jamais será completa e efetiva sem que haja controle sobre as mensagens publicitárias, uma vez que essas podem, potencialmente, influenciar de modo pernicioso sua formação.

Inúmeros estudos apontam que o apelo de consumo vindo da televisão atua eficazmente na persuasão do público infantil, mais vulnerável às mensagens devido ao pequeno desenvolvimento de suas defesas cognitivas. As crianças menores de seis anos, por exemplo, teriam dificuldades até mesmo para distinguir a publicidade da programação regular da televisão.⁷ Nas palavras de LEEIA RAO,

desenvolver estratégias para criar a conscientização do produto no consumidor é uma função justificável da propaganda. A questão discutível é a forma como a mensagem é embalada para um público que nem entende a intenção da propaganda, nem é capaz de distinguir as desaprovações, falsos argumentos e representações enganosas na mensagem comercial.

Além disso, a propaganda não está meramente confinada à promoção de produtos e serviços. Ao criar um desejo favorável no consumidor para o objeto da mensagem comercial, o anunciante se utiliza de capacidades diretas e indiretas. Assim sendo, os anúncios da TV dotam um produto de significados e valores extrínsecos à sua função essencial.⁸

⁶ Artigo 7º.

⁷ M K LEWIS AND A J HILL, *Food advertising on British children's television: a content analysis and experimental study with nine-year olds*, Division of Psychiatry and Behavioural Sciences, University of Leeds, UK, *International Journal of Obesity*, Março de 1998, Volume 22, número 3, p. p.207. No mesmo sentido, *Interactive Advertising and Children: Issues and Implications* (www.childrennow.org/assets/pdf/issues_media_iadbrief_2005.pdf)

⁸ *Advogados de uma nova sociedade de consumo. in A Criança e a mídia* CECÍLIA VON FEILITZEN E ULLA CARLSSON (orgs.) São Paulo: Cortez/Unesco, 2002, p. 113.

A importância de preservar as crianças do assédio agressivo da publicidade é reconhecida pelos próprios profissionais da propaganda. O Código de Auto-Regulamentação Publicitária estabelece em seu art. 37:

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

I – Os anúncios deverão refletir cuidados especiais em relação a segurança e às **boas maneiras** e, ainda, abster-se de:

a) desmerecer valores sociais positivos, tais como, dentre outros, **amizade**, urbanidade, **honestidade**, justiça, generosidade e **respeito a pessoas**, animais e ao meio ambiente; (...)

c) associar crianças e adolescentes a situações incompatíveis com sua condição, sejam elas ilegais, perigosas ou **socialmente condenáveis**; (...)

e) provocar **situações de constrangimento** aos pais ou responsáveis, ou molestar terceiros, com o propósito de impingir o consumo;

f) empregar crianças e adolescentes como modelos para vocalizar apelo direto, recomendação ou sugestão de uso ou consumo, admitida, entretanto, a participação deles nas demonstrações pertinentes de serviço ou produto;

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

a) procurar contribuir para o **desenvolvimento positivo das relações** entre pais e filhos, alunos e professores, e demais relacionamentos que envolvam o público-alvo;

b) respeitar **a dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade** do público-alvo;

- c) dar atenção especial às **características psicológicas** do público-alvo, presumida sua **menor capacidade de discernimento**;
- d) obedecer a cuidados tais que evitem eventuais **distorções psicológicas** nos modelos publicitários e no público-alvo;
- e) abster-se de estimular **comportamentos socialmente condenáveis**.

As expressões que destacamos no texto da Auto-Regulamentação demonstram que uma das preocupações é a de evitar que anúncios publicitários permitam a assimilação, pelas crianças, de valores socialmente reprováveis.

A influência do *marketing* na formação de valores e no comportamento das crianças, que constituem hoje importante público alvo da publicidade, vem provocando atualmente grandes debates em países desenvolvidos. Na Suécia a legislação proíbe a veiculação de qualquer propaganda para crianças menores de dez anos de idade.⁹ É preciso considerar que companhias americanas gastam, anualmente, 15 bilhões de dólares em *marketing* e propaganda dirigidas a crianças de menos 12 anos de idade – o dobro da quantia investida há 10 anos. Por ano, cada criança norte-americana assiste, em média, a 40.000 anúncios na televisão e os consumidores infantis são responsáveis por um gasto anual de 500 bilhões de dólares em *fast food*, guloseimas, brinquedos e outros produtos anunciados.¹⁰

Os interesses comerciais e das grandes empresas de *marketing* não podem se sobrepor sobre o bom desenvolvimento

⁹ www.english.konsumentverket.se/mallar/en/pressmeddelande.asp?lngArticleId=824&lngCategoryId=659

¹⁰ www.childrennow.org/assets/pdf/issues_media_iadbrief_2005.pdf

da criança de modo a corrompê-las como técnica de marketing e propaganda. Nos Estados Unidos, a preocupação sobre o tema levou à formação de uma coalizão nacional na defesa dos direitos da criança - “Campaign for a Commercial-Free Childhood (CCFC)” – com o objetivo de pressionar o Senado a aprovar um projeto de lei que inclui várias medidas de proteção à criança contra a exploração comercial, tal como o fortalecimento de uma comissão – a *Federal Trade Commission*, cuja função consiste em restringir a publicidade voltada para crianças.¹¹

Direito material: o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor

A Constituição Federal reconhece para a criança “sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (art. 227, § 3º, inc. V) e insere a *proteção à infância no rol dos direitos sociais* (art. 6º). O art. 227, *caput*, por sua vez, assim explicita os direitos da criança:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, 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.

“Proteger” significa “defender”, “preservar do mal”, “resguardar”.¹² Para concretizar a proteção à criança, portanto, é preciso adotar medidas capazes de *impedir todas as formas de ofensa à sua dignidade*.

¹¹ www.commercialexploitation.org/events.htm

¹² *Dicionário Aurélio Eletrônico*.

Na legislação infra-constitucional, o CDC, em seu art. 37, § 2º, estabelece:

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

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

Em regra, todo consumidor é vulnerável. Todavia, quando se trata de criança, deve também ser considerada sua hipossuficiência que, segundo ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN, “é um *plus* em relação à vulnerabilidade”. Segundo o autor:

A noção de que o consumidor é soberano no mercado e que a publicidade nada mais representa que um auxílio no seu processo decisório racional simplesmente não se aplica às crianças, jovens demais para compreenderem o caráter necessariamente parcial da mensagem publicitária.

A publicitária MAGY IMOBERDORF, citada pelo jurista, acredita que “as maiores vítimas da propaganda antiética são as crianças, porque elas ainda acreditam no que se fala em propaganda”.¹³

SUSAN LINN – professora de psiquiatria na Escola Médica de Harvard e Diretora Associada do Centro de Mídia Infantil Judge Baker em Boston – alerta sobre a fragilidade da criança diante da publicidade:

¹³ *Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, pp. 286 e 287.

Até a idade de cerca de oito anos, as crianças não conseguem realmente entender o conceito de intenção persuasiva – segundo o qual cada detalhe de uma propaganda foi escolhido para tornar o produto mais atraente e para convencer as pessoas a comprá-lo.¹⁴

Deste modo, justificável o controle de publicidade dirigida às crianças, pois estas, diferentemente dos adultos, não possuem experiência e maturidade suficientes para julgar o que é certo e o que é errado, sendo incapazes de tomar decisões por si só.

Por sua vez, o ECA, no Capítulo consagrado a “Direito à Liberdade, ao Respeito e à Dignidade”, preceitua:

Art. 17 – O direito ao respeito consiste na **inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral** da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, **dos valores**, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (*destaque nosso*)

A norma do art. 17 do ECA é de direito material e possui plena eficácia, devendo ser aplicada a toda situação que resulte em violação da integridade psíquica da criança.¹⁵

¹⁴ LINN, Susan. *Crianças do Consumo - A Infância Roubada*. São Paulo: Instituto Alana, 1ª edição, 2006, p. 22.

¹⁵ No seguinte precedente, o Tribunal Regional Federal da 4a. Região aplicou a regra do art. 17 do ECA: “EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CRIANÇAS E ADOLESCENTES EM CONTATO COM MATERIAIS BÉLICOS. OFENSA AOS ARTIGOS 227, 229 DA CF/88 E ART. 17 DO ECA. ABSOLUTA PRIORIDADE. ARTS. 227 E 229 DA CF/88. ART. 17 DO ECA. ART. 10, INCISO I, § 1º, DA LEI Nº 9.437/97.

“1. A prova documental acostada aos autos demonstra claramente que as crianças e adolescentes em contato com armamentos e tendo acesso aos “stands de tiros”, bem como passeios em carros blindados, sofrem violabilidade na sua integridade psíquica, que é uma garantia que deve ser assegurada pelo Estado com “absoluta prioridade”.

“2. O contato direto do jovem, criança ou adolescente, com armamento, instiga-o à violência, à múngua de um desenvolvimento da personalidade - inatingível na fase infante em que se encontram - que freie tal ímpeto.

“3. É inegável que o evento “Cidade Verde Oliva” vulnerou dispositivos constitucionais (arts. 227, 229), bem como violou dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 17) e princípios assegurados constitucionalmente (princípio da razoabilidade).

CONCLUSÕES

Partindo das considerações até aqui apresentadas, podemos concluir que a Nestlé Brasil Ltda., através da veiculação da referida publicidade de seu produto Chokito, infringiu as regras do art. 37 do CDC e do art. 17 do ECA. Nosso ordenamento jurídico não permite publicidade que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança ou viola sua integridade psíquica e moral.

Estamos, pois, diante de *ato ilícito* capaz de provocar dano moral¹⁶ em universo incalculável de consumidores, uma vez que a publicidade abusiva foi veiculada por inúmeras vezes através de meio de radiodifusão que atinge milhões de telespectadores.¹⁷ Afinal de contas,

é preciso não esquecer que estamos cuidando do consumidor em uma sociedade que privilegia a comunicação de massa e que condiciona boa parte de seus juízos pelo que recebe dos meios de comunicação. Para uma grande parte da população, o que é ditado pela comunicação é, também, verdade.¹⁸

4. A situação dos autos vai contra o § 1º do inciso I, do art. 10 da lei nº 9.437/97 que comina pena de um a dois anos de detenção a quem omitir as cautelas necessárias para impedir que menor de dezoito anos se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade.”

(AC 1999.04.01.118550-4, Terceira Turma, Relator Luiza Dias Cassales, publicado em 17/05/2000)

¹⁶ “A divulgação, informada por culpa grave, de publicidade manifestamente enganosa, pode acarretar a responsabilidade pelo ressarcimento de eventuais danos aos consumidores.” (REsp 92395/RS – Terceira Turma - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - 05/02/1998) O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já admitiu que estratégia de marketing agressiva e abusiva é prática desleal que pode causar dano moral ao consumidor (Apelação Cível Nº 70009617374, Nona Câmara Cível, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 28/12/2005).

¹⁷ “A televisão por assinatura tem hoje importante presença como instrumento de lazer, contribuindo para a qualidade de vida dos cidadãos, e alcançando significativas parcelas da população, não estando confinada aos estratos mais abastados.” (REsp 308486/MG - Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – Terceira Turma - 24/06/2002- REVFOR 367/ 241)

¹⁸ CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, *A Proteção do Consumidor na Sociedade da Informação: atualidades e perspectivas*. (http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/9124/1/A_Proteção_do_Consumidor_na_Sociedade_da_Informação.pdf)

Nesse contexto, cumpre ao Ministério Público – incumbido de tutelar os direitos transindividuais dos consumidores – buscar a devida reparação aos danos difusos e coletivos causados.¹⁹

Do dano moral difuso e da impossibilidade de tutela específica

A partir do mês de junho de 2006 a publicidade “*Melhor Avô do Mundo*” foi exibida centenas de vezes, em diversos horários, em emissoras de televisão aberta (Bandeirantes, Globo, Record e SBT), e ainda, na televisão a cabo, no canal Nickelodeon especializado em programação infantil.²⁰ Como consequência, milhares de telespectadores, inclusive crianças, assistiram ao anúncio.

¹⁹ A Justiça Brasileira conta ainda com poucos precedentes sobre a tutela dos interesses da infância na publicidade. No artigo recém mencionado o Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, do STJ informa: “Uma das primeiras sentenças conhecidas vem do Rio Grande do Sul, prolatada pelo Juiz Wilson Carlos Roddycz. A Associação de Proteção ao Consumidor ajuizou ação civil pública contra a Nestlé, a DPZ Duailibi Petit Zaragoza Propaganda S.A. e CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária. O objeto era comerciais veiculados pela televisão: um deles se passava em armazém, onde garotos removiam uma tampa e entravam agachados e em silêncio para não despertar o guarda que estava dormindo, apanhavam uma sobremesa, que se encontrava na geladeira e, ao saírem, o guarda acordava, escorregava em bolinhas de gude, não havendo demonstração alguma de que houvessem pago o produto; em outro, meninos vestidos com capas de chuva amedrontavam as meninas com rãs, fazendo com que entregassem produtos Nestlé que se encontravam na geladeira. Para a associação autora, os comerciais, no entender de um consumidor de grau intelectual mediano, dão a idéia de assalto e chantagem, previstos na legislação penal, o que não foi aceito pelo CONAR, que considerou lúdico o conteúdo dos comerciais, tendo remodelado apenas um deles com o desaparecimento do armazém. A veiculação foi retirada posteriormente pela Nestlé. O pedido foi feito com apoio no art. 37, §§ 1º e 2º, do Código. E a sentença julgou procedente a ação determinando a proibição definitiva da veiculação. Para o Juiz, os comerciais continham mensagens implícitas negativas, assim a presença do elogio da impunidade que é o que significa o sucesso das ações ‘*criminosas*’ cometidas e apresentadas como coisa aceitável e caminho eficiente para a felicidade (Direito do Consumidor, vol. 1, pág. 222)”.

²⁰ No sítio da TVA na Internet o canal é assim apresentado:

“A Nickelodeon possui uma programação variada que inclui desenhos, seriados, promoções, shows e programas de produção local como a Patrulha Nick. A Nickelodeon é uma das maiores produtoras de programas de TV direcionados ao público infantil. Além disso, somos líderes mundiais em pesquisas e por isso toda a programação é baseada em pesquisas realizadas com crianças seguindo a filosofia de ser pró-social, anti-violência, divertida e bem humorada. Nosso lema é conectar-se às crianças e conectá-las ao seu mundo através do entretenimento.”

http://www.tva.com.br/canais/eticos.asp?wgrupo_canal=2

É certo que o dispositivo do art. 37 do CDC aponta para uma exortação em tom imperativo, encerrando *proibição*, o que se evidencia pela fórmula empregada no *caput* “é proibida toda publicidade enganosa ou abusiva”. E *proibir* significa “impedir que se faça; ordenar que não se faça; tornar defeso ou interdito; não permitir; impedir; vedar”.²¹ Quem desrespeita proibição está abusando de seu direito, pratica ato ilícito, e deverá ser impedido de fazê-lo e responder pelas conseqüências. Isso porque nenhum dispositivo legal pode perder seu caráter imperativo. É axioma antigo e elementar: a lei “ordena e não exorta (*jubeat non suadeat*); também não teoriza. Ninguém se subtrai ao seu tom imperativo e ao seu campo de ação”. E imperatividade relaciona-se a *sanção*. Por isso, também vetusta é a idéia de que “regra jurídica sem coação é uma contradição em si, um fogo que não queima, uma luz que não alumina” (IHERING). A própria definição de lei encerra as noções de imperatividade e coação: ‘a lei é um preceito comum e obrigatório, emanado do poder competente e provido de sanção’”.²² TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. afirma ser possível “reconhecer que uma das características da norma jurídica está em que nelas a sanção é sempre prevista ou por ela mesma ou por outra norma”.²³

Por seu turno, NORBERTO BOBBIO assim se manifesta:

Se nós definirmos a sanção como uma conseqüência degradável imputada pelo legislador a todo aquele que transgredir a norma primária, o objetivo de atribuir uma conseqüência desagradável ao transgressor pode ainda ser atingido de dois modos: 1) fazendo de modo que violando a norma não se alcance o

²¹ *Dicionário Aurélio Eletrônico*

²² WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, Saraiva, 19ª ed., 1979, 1º vol., pp. 13 e 14.

²³ *Teoria da Norma Jurídica*, Forense, 3ª ed., 1997, p. 73

fim a que se propunha; 2) fazendo de modo que violando a norma se alcance um fim oposto àquele que se propunha.²⁴

Quem falta com um dever legal comete ato ilícito.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA explica que

a iliceidade de conduta está no *procedimento contrário a um dever preexistente*. Sempre que alguém falta ao dever a que é adstrito, comete um ilícito, e como os deveres, qualquer que seja a sua causa imediata, na realidade são sempre impostos pelo ordenamento, o ato ilícito importa na *violação do ordenamento jurídico*.²⁵

Em síntese, a Ré praticou um **ato ilícito** causador de **danos morais coletivos**, com especial desrespeito à inviolabilidade da integridade psíquica e moral das crianças. A reparação desses danos é imperativo legal, prevista nos artigos 186 e 927 do Código Civil.

Art. 186 – **Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.**

Art. 927 – **Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.**

Para ORLANDO GOMES, uma das características do ato ilícito é justamente a de causar “lesão aos direitos absolutos e aos interesses particularmente protegidos”.²⁶

E de que forma dar-se-á a reparação? Em geral, a tutela específica é sempre preferível, apenas no caso de sua impos-

²⁴ *Teoria da Norma Jurídica*, EDIPRO, 2001, p. 118/119.

²⁵ *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1984, vol. I, p. 452.

sibilidade haverá a sua substituição pelas perdas e danos. Nas ações que envolvam publicidade enganosa ou abusiva, a tutela específica consubstancia-se basicamente na contrapropaganda, instrumento eficaz para minorar os efeitos deletérios causados pela publicidade irregular. Todavia, em algumas situações, esse instrumento não se mostra adequado, p.ex., nos casos em que a publicidade deixou de ser veiculada e naqueles em que a publicidade é direcionada ao público infantil²⁷. Nesse último caso, essa situação ocorre porque as crianças não compreendem o que é publicidade e muito menos o seu conteúdo e intenção.

ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES, diz que “convém, no tocante à contrapropaganda, observar que esse não é um mecanismo útil para punir eventuais responsáveis por publicidade ilícita para criança cuja idade não lhes permita compreender a publicidade como tal. É certo que, se a criança não consegue discernir o que é publicidade ou mesmo qual o seu escopo, não há que se falar na utilidade da contrapropaganda para reparar o mal que porventura tenha causado a publicidade que lhe é dirigida”.²⁸

Na presente demanda, a reparação dos danos sofridos pela divulgação de publicidade tão pouco recomendável encontra guarida nas perdas e danos, uma vez que a contrapropaganda –

²⁶ *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed., 1986, p. 312.

²⁷ AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Publicidade abusiva - Propaganda de tênis veiculada pela TV - Utilização da empatia da apresentadora - Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora destruindo tênis usados para que seus pais comprassem novos, da marca sugerida - Ofensa ao artigo 37, § 2º do CDC - Sentença condenatória proibindo a veiculação e impondo encargo de contrapropaganda e multa pelo descumprimento da condenação - Contrapropaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem - Recurso provido parcialmente. (*Apelação Cível n. 241.337-1 - São Paulo - 3ª Câmara de Direito Público - Relator: Ribeiro Machado - 30.04.96 - V.U.*)

²⁸ ISABELLA VIEIRA MACHADO HENRIQUES, *Publicidade Abusiva Dirigida à Criança*, Juruá Editora, Curitiba, 2006, pág. 110.

tutela específica – não atingiria o efeito desejado e essa possibilidade é dada por dispositivos legais.

O Código de Defesa do Consumidor, preve:

Art. 84, §1º - A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

DOS PEDIDOS

Pelo exposto, requer o Autor a prolação de sentença, com o acolhimento do seguinte pedido:

Condenação da Ré à obrigação de indenizar os danos morais difusos causados através da veiculação de publicidade abusiva que violou a integridade psíquica e moral das crianças e ofendeu seus valores.²⁹

O Autor requer ainda:

- a) seja determinada a citação e intimação postal da Ré no endereço acima fornecido, a fim de que, advertida da sujeição aos efeitos da revelia, a teor do art. 285, última parte, do Código de Processo Civil, a presente, querendo, resposta aos pedidos ora deduzidos, no prazo de 15 (quinze) dias;
- b) a condenação da Requerida ao pagamento das custas processuais, com as devidas atualizações monetárias;
- c) a dispensa do pagamento de custas, emolumentos e outros encargos, desde logo, em face do previsto no artigo 18 da Lei nº 7.347/85 e do art. 87 da Lei nº 8.078/90;
- d) sejam as intimações do Autor feitas pessoalmente, mediante entrega dos autos com vista na Promotoria de Justiça do Consumidor, si-

²⁹ “Sendo o pedido genérico, a condenação não se particulariza em valores líquidos, razão pela qual é preciso proceder à sua liquidação e, posteriormente, à sua execução.” (STJ - REsp 761114 - Terceira Turma - Rel. Min. Nancy Andrighi - 03/08/2006)

tuada na Rua Riachuelo, 115, 1º andar, Sala 130, Centro, nesta Capital, em razão do disposto no art. 236, § 2º, do Código de Processo Civil e no art. 224, inc. XI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26.11.93 (Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo).

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, especialmente pela produção de prova testemunhal e pericial, e, caso necessário, pela juntada de documentos, e por tudo o mais que se fizer indispensável à cabal demonstração dos fatos articulados na presente inicial, bem ainda pelo benefício previsto no art. 6º, inc. VIII, do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inversão do ônus da prova, em favor da coletividade de consumidores substituída pelo Autor.

Acompanha esta petição inicial os documentos que instruem o inquérito civil nº 14.161.905/06-3 instaurado na Promotoria de Justiça do Consumidor.

Atribui à causa, para fins de alçada, o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 26 de julho de 2007

João Lopes Guimarães Júnior
1º Promotor de Justiça do Consumidor