



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1460

PROCESSO Nº 002 10 029619-1 - VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE
SANTO AMARO - COMARCA DA CAPITAL

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADAS: NESTLÉ BRASIL LTDA. e KELLOGG BRASIL LTDA.

RAZÕES DE RECURSO

COLETA CÁMARA,

INCLITO PROCURADOR DE JUSTIÇA,

O Ministério Público do Estado de São Paulo propôs ação civil pública em face das empresas NESTLÉ BRASIL LTDA. e KELLOGG BRASIL LTDA. visando suas condenações na abstenção de realizar publicidade, sob qualquer forma, dirigida a crianças, em face da vedação estabelecida na legislação vigente.

O pedido foi julgado improcedente. Decidiu a douta Juíza "a quo" que, em virtude da inexistência de previsão legal que vede a publicidade dirigida às crianças, ser impossível a condenação das rés, ora apeladas, a não fazer o que a lei permite.

Com todo respeito, a r. sentença não deve prevalecer, conforme as razões que seguem.

A inicial da ação civil pública aponta todos os dispositivos legais que foram desrespeitados pelas rés.

A abusividade e iliotude de todas as publicidades realizadas pelas ora apeladas, direcionadas ao público infantil, foram devidamente indicadas na inicial e contrariam o direito positivo brasileiro.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1461

Por exemplo, houve ofensa ao art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, pois a publicidade feita pelas rés é dirigida a quem não tem condições (biológicas e psicológicas) de proceder a tal identificação.

A inicial ainda transcreve expressamente outros tantos dispositivos legais que amparam o pedido, previstos no mesmo Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, além de normas constitucionais também indicadas explicitamente (art. 227 da Constituição Federal, arts. 15 e 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor etc).

Essas normas apontam para a possibilidade de o Estado cobrir a publicidade dirigida à criança.

Insta destacar ainda – como exaustivamente exposto na inicial e na réplica subscritas por meu ilustre antecessor no feito – , os estudos e trabalhos desenvolvidos por especialistas do mundo afora, que partilham firmemente da convicção de que as crianças não têm experiência nem recursos psicológicos e emocionais para uma avaliação crítica das mensagens de marketing, que lhes são repetidamente dirigidas por toda sorte de mídia (a peculiar vulnerabilidade da criança em face da atividade publicitária, tão bem exposta pelo digno subscritor da inicial). Dai se podendo inferir que a restrição à publicidade dirigida às crianças não consiste em agravo às liberdades individuais, mas antes uma necessidade impostergável para a garantia da saúde pública e da integridade e liberdade das crianças e jovens de todo o mundo.

Igualmente, os princípios constitucionais da legalidade e da livre iniciativa não justificam a conduta das rés.

Como já mencionado, há regras em nosso ordenamento jurídico que dão amparo à pretensão deduzida na inicial de considerar ilícito o direcionamento de publicidade ao público infantil.

Por outro lado, não só a livre iniciativa é garantia constitucional, mas também, a defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1462
D

Federal) e a proteção integral da criança como prioridade absoluta do Estado e da sociedade (art. 227 da Carta Magna).

A propósito, como muito bem exposto por meu ilustre colega, doutor Paulo Sérgio Cornacchioni, a fls. 1308/1309:

"Preservar a livre iniciativa não significa assegurá-la a qualquer custo, ainda que em desconformidade com outras normas e princípios também constitucionais, notadamente em detrimento de garantia a que a própria Constituição da República cometeu o status de 'absoluta prioridade'.

E nem o dever de vigilância dos pais – cuja importância jamais foi negada pelo Ministério Público – deixa as rés imunes ao cumprimento da Constituição e das Leis. O raciocínio maroto da contestação implicaria em dizer que nenhuma medida de proteção à criança poderia ser adotada pelo Estado, pois caberia aos pais promover a proteção de seus filhos. Ora convenhamos...

O pueril argumento de que impor controle judicial à publicidade implica em violação da *liberdade de pensamento* tem resposta incontornável, *data venia*, na própria petição inicial!

Importante lembrar também que o CONAR, que é um conselho privado, formado pelos próprios profissionais de marketing, ou seja, composto por quem é diretamente interessado em tudo que diz respeito à publicidade e ao marketing, não ficou insensível à notável fragilidade das crianças ante às mensagens publicitárias. Dal porque, em 2006, alterou o seu Código de Auto Regulamentação Publicitária, para estabelecer regras especiais para a publicidade endereçada ao público infantil:

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.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1463

Diante de tal perspectiva, nenhum anúncio dirigirá apelo imperativo de consumo diretamente à criança. E mais (...)

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

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

b) respeitar a dignidade, inocuidade, 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;

(...)

Anexo H

(...)

2. Quando o produto for destinado à criança, sua publicidade deverá, ainda, abster-se de qualquer estímulo imperativo de compra ou consumo, especialmente se apresentado por autoridade familiar, escolar, médica, esportiva, cultural ou pública, bem como por personagens que os interpretem, salvo em campanhas educativas, de cunho institucional, que promovam hábitos alimentares saudáveis

Na sociedade e tempo atuais, há certeza de que está premente proteger a infância e a ela assegurar um desenvolvimento sadio e à salvo de qualquer sorte de exploração, física, intelectual ou emocional. E esse valor de proteção à infância, na sociedade contemporânea, está dentre os mais altos valores a serem juridicamente tutelados.

A Constituição da República proclama, sem rodeios, tratar-se de "**absoluta prioridade**" do Estado brasileiro (art. 227).

Os mais autorizados especialistas no assunto garantem que a criança, diferentemente do adulto em geral, é desprovida da plena capacidade de percepção, cognição e juízo de valor sobre as mensagens



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1464

publicitárias. A depender da idade, sequer está apta, por exemplo, a diferenciar a publicidade do programa de televisão em que intercalada.

Resulta certo então que a invasão de sua psique (para incutir-lhe o desejo e impulso de consumo), mais que influenciar, vem lhe tolher substancialmente a liberdade de pensamento, para lhe impingir sorrateiramente idéias, vontades e valores que não são genuinamente seus ou de seus responsáveis.

Em outras palavras, se for possível pensar em violação de liberdade, é a publicidade que viola a garantia constitucional da liberdade de pensamento da criança.

No sentir de Vidal Serrano Nunes Jr.¹, "a previsão constitucional da livre iniciativa encontra a definição de limites no próprio texto maior, que cogita da função social da propriedade, da proteção da dignidade humana, da justiça social como objetivo da ordem econômica e, sobretudo, da defesa do consumidor, engida, a um só tempo, à qualidade de direito fundamental do indivíduo e princípio da ordem econômica"

No conflito aparente (Carlos Maximiliano ensina que o direito não encerra reais antinomias²) entre a garantia de uma liberdade da criança e qualquer outra garantia, ainda que de grandeza constitucional, aquela prevalece sobre esta, segundo critério estabelecido pelo próprio Poder Constituinte, para quem, como antes dito, a proteção à criança goza de "absoluta prioridade" (CF, art. 227).

Nem se diga, como entendeu a ilustre Magistrada sentenciante, que o acolhimento do pedido formulado pelo Ministério Público, em face das duas rês, violaria os princípios da isonomia e da livre concorrência no mercado de bens de consumo, pelo fato das duas empresas demandadas não serem as únicas a realizar publicidade dirigida ao público infantil.

¹ NUNES JR., Vidal Serrano. *Ob.cit.*

² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980; p. 134.

5



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

1465

O fato de haver outras empresas adotando a mesma prática comercial não isenta as réis de responsabilidade e nem transforma o ilícito em lícito.

Furtar-se à correção de conduta comercial abusiva sob o argumento de que outros fornecedores também cometem o mesmo ilícito, respeitosamente, se consubstancia em afronta ao próprio Direito.

Sabe-se que hoje muito se furta. Nem por isso o furto deve ser tolerado. É conhecido o *frenesi* de instituições financeiras para criar tarifas bancárias abusivas, como o Poder Judiciário tem frequentemente reconhecido. Nem por isso se há sustentar que a tarificação iníqua deva ser objeto de complacência.

Como se extrai do V Acórdão proferido pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 707886-0/4, a circunstância de outros fornecedores praticarem semelhante ou idêntico ilícito definitivamente não afasta a responsabilidade do réu, mas antes indica a necessidade de se noticiar tais fatos, estranhos à lide em exame, ao Ministério Público, para que possa ele ajuizar outras lides de tutela coletiva em face dos demais infratores da legislação consumerista.²

Ante o exposto, requer o Ministério Público o provimento do presente recurso de apelação, reformando-se integralmente a r. sentença, com acolhimento dos pedidos deduzidos na inicial.

São Paulo, 1 de fevereiro de 2011

Camila Mansour Magalhães da Silveira
Promotora de Justiça designada

² Apelação com Revisão 707886-0/4, Turma Julgadora da 28ª Câm. - Seção de Direito Privado, Rel. Des. Celso Pimentel, j. 11/10/2005.