

1475
m

EXMA. SRA. JUÍZA DE DIREITO DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DO
FORO REGIONAL DE SANTO AMARO - COMARCA DE SÃO PAULO.

Postular o Ministério Público tutela jurisdicional para proibir toda e qualquer publicidade dirigida ao público infantil e juvenil, sem indicar uma propaganda, sequer, abusiva, implica exercício abusivo do direito de ação. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Cumpria ao Ministério Público, que tem o dever constitucional de defender a ordem jurídica, postular, escudado em lei, tutela judicial para que se obstasse uma ou algumas publicidades que reputasse abusivas. Entretanto, o pedido genérico e abstrato de proibição total de qualquer publicidade é ilegal e ofende a ordem jurídica. Sentença de improcedência da ação que deverá ser mantida.

Processo nº. 0029619-23.2010.8.26.0002

NESTLÉ BRASIL LTDA, por seus advogados abaixo subscritos, nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, que tramitam por esse E. Juízo e cartório privativo, vem, no prazo legal, oferecer suas

CONTRARRAZÕES

ao Recurso de Apelação interposto pelo Autor, em razão do que expõe e, ao final, requer o que abaixo segue.

I - SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA E A R. SENTENÇA

1. Em sua petição inicial da presente ação, proposta contra a ora Impugnante e a KELLOGG BRASIL LTDA, o Ministério Público formulou o seguinte pedido:

2 1477
m

"(...) Condenação das rés à obrigação de não fazer consistente em se abster de promover, veicular ou de qualquer forma contribuir para a divulgação de peças publicitária, mensagem publicitária ou outra forma de comunicação publicitária dirigida a crianças, inclusive as apresentadas sob forma de jogos, brindes ou brinquedos. O descumprimento desta condenação deverá sujeitar a ré infratora a multa cominatória (...) no valor de R\$1.000.000 (um milhão de reais), por peça, mensagem ou comunicação publicitária desconforme à decisão judicial." (o destaque não é do original)

2. Contestado o pedido por ambas as Rés, a Magistrada julgou a lide antecipadamente, dando por sua improcedência, sob o fundamento de que não há lei, no ordenamento jurídico pátrio, que proíba, genérica e indiscriminadamente, propaganda dirigida ao público infantil.

3. Inconformado, o Apelante interps o recurso ora respondido, praticamente renovando o pedido inicial, agora sob forma lânguida, numa demonstração de que nem ele mesmo acredita no sucesso do seu pleito.

4. A r. sentença apelada haverá que ser mantida, por escorar-se em fundamentos sólidos e raciocínio jurídico irretocável. Ei-los, sinteticamente:

a). *...optando o autor por formular pedido genérico e não tendo logrado demonstrar os malefícios de toda e qualquer publicidade às crianças, inviável o acolhimento de seu pedido;*

b). *não há no ordenamento jurídico positivo lei alguma que proíba a publicidade direcionada ao público infantil, descabida qualquer determinação às rés para a não promoção de peças publicitárias;*

f

f

1477
m

c). A proibição pleiteada pelo autor implicaria, também, em lesão ao princípio constitucional da livre manifestação do pensamento, além de tornar letra morta os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que regulamentam a publicidade voltada para os hipossuficientes, notadamente ao público infantil (artigo 37, § 2º CDC);

d). proibir, indistintamente, a publicidade ao público infantil apenas para as Rés, encerraria lesão ao princípio da isonomia e da livre concorrência no mercado de bens de consumo, (...) não havendo, portanto, ... qualquer justificativa plausível para eleição apenas de duas empresas rés para composição do polo passivo desta ação;

e). o Estatuto da Criança e do Adolescente não contém nenhum dispositivo que proíba a publicidade em apreço. Ao contrário, ... referido diploma, ao considerar a criança como sujeito pleno de direito, confere a ela capacidade de expressar livremente sua opinião e de ser devidamente educada para se defender dos efeitos nocivos da publicidade;

f). A autoridade parental e as orientações comunitárias não devem ser substituídas por atuação judicial; e

g). ao postular a proibição de toda e qualquer publicidade direcionada ao público infantil, o autor parece ignorar que a publicidade possa trazer em seu bojo elementos informativos, educativos e construtivos, que efetivamente auxiliam no processo de desenvolvimento da criança.

5. Demonstrando acuidade ímpar em seu raciocínio jurídico, a r. sentença culmina por decidir que:

"O Código de Defesa do Consumidor traz menção, no parágrafo segundo de seu artigo 37, à vulnerabilidade da criança, classificando como abusiva a publicidade

f

que "se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança." Tal dispositivo consubstancia, em verdade, autorização para veiculação de publicidade infantil, pois apenas veda a veiculação de publicidade abusiva, acarretando a conclusão de interpretação "a contrario sensu", de que a publicidade que não se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança não é abusiva e, portanto, é lícita."

6. Da leitura da r. sentença, depreende-se que ela se escorou em dois fundamentos basilares, quais sejam, (i) não há lei que proíba, indiscriminadamente, a publicidade dirigida ao público infantil e, ao contrário, (ii) há legislação que a permite, desde que não seja abusiva.

7. Pois bem, nesse contexto, competia ao Ministério Público, para derruir a sentença, demonstrar que há, sim, norma constitucional ou de direito ordinário que vedem, genérica e indistintamente, a publicidade em apreço e que, ao inverso, não há lei que a permita. Isso, porém, ele não fez. Limitou-se a reiterar, agora com uma pobreza franciscana, os argumentos que já houvera expendido em sua inicial, sem, entretanto, combater a sentença recorrida.

8. Como será demonstrado abaixo, os argumentos expendidos pelo Ministério Público em sua apelação são frágeis, transparecendo que ele recorreu apenas para se desincumbir de um dever institucional, e nada mais do que isso.

II - RAZÕES DE MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA

9. Inicialmente, o Apelante ampara-se, e mal, no artigo 36 do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que *a publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.*

10. Esse dispositivo, porém, tem como destinatário o consumidor em geral. Para a criança e o adolescente, o CDC tem norma específica e restritiva, ao vedar a **propaganda**

abusiva dirigida a crianças (art. 37, § 2º). Desde que não seja abusiva, a propaganda é permitida.

11. E, ainda que assim não fosse – o que se admite por mero argumentar –, cumpria ao Apelante desincumbir-se do ônus probatório que a lei lhe impõe e demonstrar ao menos uma publicidade concreta que fosse abusiva. Isso, entretanto, ele não fez, pairando, como tem feito ao longo do processo, na generalidade e na abstração.

12. Na sequência, o Apelante invoca o art. 227 da Carta Magna, que contém normas programáticas, abstratas e genéricas quanto ao dever da família, da sociedade e do Estado para com a saúde, alimentação, educação e outros bens jurídicos direcionados à criança e ao adolescente. Ora, lendo-se tal dispositivo, em sua integralidade, nele nada se vislumbra que proíba a propaganda dirigida às crianças e aos adolescentes. São normas programáticas e genéricas de proteção aos infante-juvenis, cujo descumprimento ou não, em cada caso específico há de ser aferido. Daí a concluir que o tal dispositivo constitucional proibiria a propaganda em apreço vai uma distância muito longa.

13. Nesse sentido, a sentença foi peremptória, ao ditar que, *ao postular a proibição de toda e qualquer publicidade direcionada ao público infantil, o autor parece ignorar que a publicidade possa trazer em seu bojo elementos informativos, educativos e construtivos, que efetivamente auxiliam no processo de desenvolvimento da criança.* Ou seja, a publicidade ao público infante-juvenil, desde que não seja abusiva – o que jamais ficou demonstrado pelo Apelante –, vem ao encontro dos valores insitos no artigo 227 da Constituição Federal, entre eles a educação, a cultura, a liberdade, sem que traga prejuízo algum aos demais bens jurídicos nele inseridos, como saúde, alimentação etc.

14. Em outro passo, o Apelante traz à colação novas normas programáticas, nenhuma delas proibindo a publicidade dirigida à criança e ao adolescente. O art. 15 do ECA prevê que *a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.* Ora, essa é mais uma norma programática, que reitera

os preceitos instituídos pelo art. 227 da Constituição Federal. Nenhum desses direitos a que todos os jovens e crianças têm obsta a publicidade licitamente dirigida a eles.

15. Por seu turno, o art. 71 da Constituição Federal, colacionado pelo Ministério Público, **chancela** a publicidade licita sob exame, ao ditar que *a criança e o adolescente têm direito a informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento*. Obviamente, parte da cultura e informação mencionadas pelo dispositivo têm como fonte licita de emanção a publicidade, por quaisquer de suas formas.

16. Nesse ponto, reitera-se a r. sentença recorrida, segundo a qual *a tutela diferenciada imposta aos indivíduos em fase de formação, como as crianças, não significa eliminação da publicidade. Significa, sim, maior cuidado na elaboração das peças publicitárias, com especial atenção à capacidade de compreensão dos infantes e à condição deles de indivíduos em desenvolvimento*. Mais uma vez, acentua-se que o Ministério Público não demonstrou – e muito menos comprovou – que a publicidade encetada pela Nestlé ofenda aqueles valores cardeais do público formado por menores de idade.

17. O renitente Apelante, agora, procura sustentar-se no art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor, o qual veda a publicidade abusiva, jamais demonstrada concretamente por ele, ao longo de todo o processo. Mais uma vez, porém, a r. sentença recorrida é intocável, ao decidir que *tal dispositivo consubstancia, em verdade, autorização para veiculação de publicidade infantil, pois apenas veda a veiculação de publicidade abusiva, acarretando a conclusão em interpretação 'a contrario sensu', de que a publicidade que não se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança não é abusiva e, portanto, é licita. Fosse o contrário, haveria expressa menção na legislação*.

18. Pois bem, tendo em vista, como se viu, que o Ministério Público não impugnou os fundamentos básicos da sentença – inexistência de proibição legal quanto à publicidade ao público infante-juvenil e, ao contrário, autorização para tanto –, acrescendo-se que os dispositivos legais sobre os quais ele pretende se amparar não infirmam a sentença, estas

f
e

7 14
10/2

contrarrazões poderiam estancar-se por aqui. Porém, em nome do dever da impugnação específica, mais alguns tópicos da apelação serão ilididos.

19. O Apelante sustenta, sempre academicamente, que estudos e trabalhos laborados por especialistas têm demonstrado que as crianças não têm experiência necessária, nem recursos psicológicos para avaliação crítica das mensagens publicitárias que lhe são dirigidas, o que demonstraria que a proibição taxativa da publicidade a elas dirigidas não afrontaria as 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.*

20. O Ministério Público tem por dever institucional e constitucional a defesa da ordem jurídica (cf. art. 127 da CF). No entanto, quando a sentença decide que, *se não há lei proibindo a publicidade direcionada à criança, não há que se falar em ilicitude na conduta, abstratamente considerada*, competiria ao Apelante refutar a sentença, demonstrando que ela desrespeitou a ordem jurídica, indicando um dispositivo constitucional ou meramente legal, pelo menos, que vede a prática publicitária sob foco.

21. Longe disso, porém, ele está advogando contra a ordem jurídica, essencialmente contra o mandamento constitucional segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.* (art. 5º, II, da CF).

22. Ao referir-se à parte da sentença pela qual *a autoridade parental e as orientações comunitárias não devem ser substituídas por atuação judicial*, o Apelante pondera que, se assim fosse, *nenhuma medida de proteção à criança poderia ser adotada pelo Estado, pois caberia aos pais promover a proteção de seus filhos.*

23. Ora, tal argumento é pueril, pois é lógico que tanto os pais como o Estado têm seus deveres para com os menores, cada um no âmbito próprio de sua atuação. Os pais, no âmbito familiar, como os primeiros responsáveis pela educação e formação dos filhos, seja material ou moralmente. O Estado, como o ente público responsável pelo planejamento e execução das

4

políticas sociais – educacionais, de saúde, alimentação, cultura etc.etc. Porém, uma responsabilidade não exclui a outra. Completam-se!

24. Quase ao final, agora de forma absolutamente contraditória, o Ministério Público tenta se escorar no Código de Autorregulamentação (CONAR) – quem diria, hein!-, que prevê a publicidade dirigida à criança, desde que não contenha apelo imperativo. Ora, mas o Ministério Público não é contrário a toda e qualquer publicidade dirigida aos infanto-juvenis? Como, então, traz em seu auxílio regulamentação do CONAR, que prevê a mesma publicidade, apenas com algumas restrições?

25. Como quer que seja, o fato é que o Ministério Público, com o perdão da repetição, formulou pedido juridicamente impossível, de vedação de qualquer publicidade dirigida às crianças e aos adolescentes. Caso houvesse postulado a proibição de uma determinada publicidade, por afrontar a lei e o próprio regulamento do CONAR, aí, sim, poder-se-iam analisar os preceitos contidos em tal regulamento para aferir se, em face de um caso concreto, estaria ou não havendo descumprimento a algum deles. Esse, todavia, não é o caso, em razão da generalidade, abstração e devaneio que embala a pretensão do Ministério Público.

26. Encerrando a presente impugnação, que já vai longe em face da pífia apelação interposta pelo Apelante, segue uma síntese das alegações lançadas pela ora impugnante em sua contestação, que colocam uma pá de cal na pretensão esposada pelo Ministério Público, acolhidas pela r. sentença.

a). o pedido genérico de proibição de publicidade a crianças, sem a indicação e demonstração de uma publicidade, pelo menos, que fosse abusiva, configura pedido indeterminado, incerto, sendo juridicamente impossível;

b). o pedido para que a Ré seja **censurada** de promover qualquer tipo de publicidade direcionada a crianças é vedado pelo ordenamento jurídico, principalmente pela Constituição Federal;

f

D

9 1485
7m

- c). a atividade publicitária é autorizada pela Carta Magna, inserida nos Direitos e Garantias Fundamentais, como decorrência da liberdade de expressão, do pensamento, da criação artística, da informação;
- d). o sistema pátrio já contém inúmeros instrumentos de repressão à atividade publicitária enganosa ou abusiva, aplicáveis em cada caso concreto, tais como o Código de Defesa do Consumidor e o Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Qualquer vedação que extrapole tal arcabouço normativo será inconstitucional;
- e). a Nestlé contém mecanismos internos de controle de sua publicidade ao público infantil. É signatária, com empresas de várias partes do mundo, de Compromissos Públicos para a adoção de medidas rígidas para a publicidade voltada à criança. No Brasil, firmou o "Compromisso Público - Publicidade Responsável", com várias regras de controle de sua publicidade;
- f). proibir apenas as Rês de promover publicidade de seus produtos, mesmo que dirigida a crianças, fere o princípio da isonomia e da livre concorrência, na medida em que há inúmeras outras empresas no mercado que atuam no mesmo segmento alimentar e de público;
- g). se é lícito produzir e comercializar produtos alimentícios, lícita também é a correspondente publicidade, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa;
- g). a atuação do Estado no controle da publicidade ao público infantil não pode substituir o dever dos pais de educar os filhos. Até por que a decisão final de compra sempre é deles, e não dos filhos.

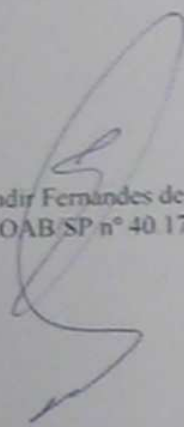
*

27. Enfim, com bem decidiu a sentença recorrida, optando o autor por formular pedido genérico e não tendo logrado demonstrar os malefícios de toda e qualquer publicidade às crianças, inviável o acolhimento de seu pedido.

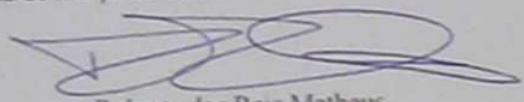
III - CONCLUSÃO E PEDIDO

28. Pelo exposto, requer a Impugnante seja a apelação interposta pelo Ministério Público desprovida, mantida a sentença integralmente por suas próprias e jurídicas razões.

Nesses termos,
Pede deferimento.
São Paulo, 22 de março de 2011.



Jurandir Fernandes de Sousa
OAB/SP nº 40.172



Roberta dos Reis Matheus
OAB/SP nº 248.623