



SIQUEIRA CASTRO
ADVOGADOS

São Paulo - Rua Taboão, 81, 4º andar - Sala 801
CEP 04333-030 - SP - Brasil
T 011 3704-9640 F 011 3704-9648

EXCELENTÍSSIMA SENHORA DOUTORA JUIZA DE DIREITO DA
VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE DO FORO REGIONAL DE SANTO
AMARO

Processo nº 002.10.029619-1

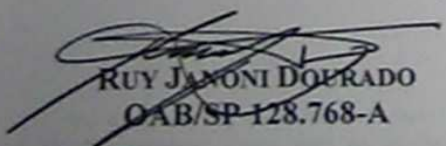
KELLOGG BRASIL LTDA., já qualificada nos autos da Ação Civil Pública em epígrafe, em que figura no pólo passivo junto com NESTLÉ BRASIL LTDA., ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO vem, por seus advogados, respeitosamente perante V.Exa., com fundamento nos art. 518 do CPC, apresentar

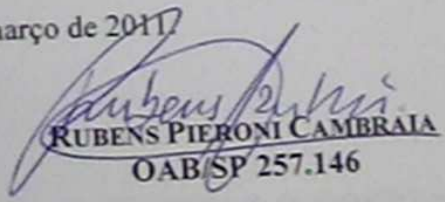
CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

pelos motivos de fato e de direito a seguir aduzidos, requerendo a sua juntada aos autos para que, após regular processamento, seja negado provimento ao recurso ora respondido.

Temos em que,
Pede indeferimento.

São Paulo, 22 de março de 2011.


RUY JANONI DORRADO
OAB/SP 128.768-A


RUBENS PIERONI CAMBRAIA
OAB/SP 257.146

148
m

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

Apelante: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
Apelado: KELLOGG BRASIL LTDA.

RAZÕES DA APELADA

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara,
Doutos Julgadores,

-I-
DA TEMPESTIVIDADE

1. Os litisconsortes passivos, ora apelados, constituíram procuradores distintos, razão pela qual o prazo para a apresentação da resposta ao recurso (15 dias, de acordo com o art. 508 do CPC) deve ser contado em dobro (30 dias, segundo o art. 191 do CPC).
2. O r. despacho que abriu vistas para a apresentação de contrarrazões de apelação foi disponibilizado pelo Diário de Justiça Eletrônico em 17.02.2011, quinta-feira, devendo ser considerado publicado em 18.02.2011, sexta-feira, por força do § 3º do art. 4º da Lei 11.419/2006¹, que alterou o CPC.

¹ "§ 3º. Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário de Justiça Eletrônico".

1487
M

3. Deste modo, manifestamente tempestiva a presente resposta, tendo em vista que o prazo legal de 30 dias iniciou-se no dia 21.02.2011 (segunda-feira) e encerra-se na data de hoje, 22 de março de 2011 (terça-feira).

-II-
BREVE SÍNTESE DO PROCESSADO

4. A apelante ajuizou ação civil pública noticiando que a KELLOGG estaria desenvolvendo **campanhas de publicidade e marketing voltadas ao público infantil**, no que toca os cereais matinais denominados *Sucrilhos®*, *Choco Krispis®*, *Froot Loops®*, *Chokos²* e *Honey Nut'os®*, mediante (i) a utilização de imagens de personagens próprios do universo lúdico infantil, seja na publicidade direta, seja nas embalagens dos produtos, (ii) a oferta de jogos e brindes, em associação aos produtos, e (iii) disponibilização de jogos nos sítios de internet desenvolvidos para esse fim.

5. O apelante sustentou que a **publicidade voltada às crianças configuraria conduta ilícita**, na medida em que (i) abusaria da incapacidade da criança de compreender a intenção da publicidade, impedindo sua identificação como tal, (ii) comprometeria a formação e preservação de seus valores e de sua integridade moral, (iii) abusaria de sua condição de pessoa em processo de desenvolvimento, e (iv) causaria ingerência em sua liberdade de pensamento.

6. Para defender sua tese, o apelante destacou que a tutela prioritária da criança é respaldada pelo art. 227 da Constituição Federal, e que a especial atenção a ela conferida por nosso ordenamento jurídico teria fundamento nos arts. 15³ e 71⁴ do ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) e nos arts.

² Vale dizer que o produto Chokos foi substituído pelo *Sucrilhos® Power*, conforme já informado ao Ministério Público no inquérito civil (o que demonstra o modo como foi tratado o assunto).

³ Art. 15. 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.

1488
/m

36⁵ e 37⁶ do CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). A suposta exploração da hiper-vulnerabilidade da criança ainda afrontaria o Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária do CONAR, em seu art. 37⁷ e item 2 do Anexo H⁸.

7. Além de imputar à apelada a conduta “ilícita”, o apelante ainda argumentou que essa publicidade resultaria na construção de novos padrões de hábitos alimentares da criança (uma vez que os primeiros anos de vida se destacam como um período muito importante para o estabelecimento de hábitos), que acompanhariam o consumidor na adolescência, na juventude e na vida adulta.

8. Em vista disso, deduziu pedido para que as apeladas fossem condenadas a se abster de promover, veicular, ou de qualquer forma contribuir para

⁴ Art. 71. 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.

⁵ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.
Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

⁶ 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 ou 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.

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:
(...)

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;

⁸ 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.

1489
mw

a divulgação de toda e qualquer forma de comunicação publicitária dirigida a crianças, sob pena de multa cominatória de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), por peça, mensagem, ou comunicação publicitária em desconformidade com a decisão judicial.

9. Ao contestar a ação, a apelada chamou atenção para o fato de que, embora os temas (publicidade dirigida a crianças e suposta obesidade causada em razão do consumo excessivo de cereais matinais) sejam tratados de maneira autônoma pelo apelante (para que ambos sejam individualmente considerados ilícitos), fato é que eles guardam dependência entre si.

10. Com efeito, em sua contestação, a apelada lembrou que, para a pretensão do apelante – de condenar a Kellogg na obrigação de não fazer – fosse julgada procedente, seria imprescindível demonstrar, cumulativamente:

- (i) a conduta ilícita, relacionada à alegada abusividade das campanhas publicitárias da apelada voltadas ao público infantil;
- (ii) o dano, relacionado à alegação de que o consumo dos produtos da apelada traria risco à saúde das crianças (afinal, não é razoável proibir a publicidade de um bem que traz qualquer risco à saúde); e
- (iii) o nexo de causalidade, relativa à capacidade das campanhas (conduta) induzirem a compra e consumo em excesso dos produtos da apelada, acarretando dano (obesidade).

11. Não só a apelante não fez prova de nenhum desses requisitos⁹, como a apelada tratou de demonstrar em sua contestação a ausência de qualquer

⁹ No que se refere à Kellogg, a apelante apenas trouxe em sua exordial (a partir de fls. 648 dos autos), as embalagens dos produtos *Sucrilhos*[®], *Choco Krispis*[®], *Froot Loops*[®], *Chokos* (substituído pelo *Sucrilhos*[®])

1490
mw

abuso em suas propagandas, a ausência de danos relacionados ao consumo de seus produtos, e a falta de relação entre sua propaganda e um suposto (e jamais provado) consumo excessivo de seus produtos:

I - Os produtos da Kellogg observam toda a regulamentação pertinente, não sofrem qualquer restrição da ANVISA, nem há qualquer estudo concluindo que eles fariam mal à saúde. Pelo contrário, o próprio apelante apresentou (i) estudo elaborado pela Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade – ABESO (fls. 876/882), apontando que “a quantidade de sódio presente nos cereais é relativamente pequena (60mg na porção de 30g do Crunch Nestlé, 130mg na porção de 30g do cereal Nescau Nestlé e 200mg na porção de 30g do Sucrilhos®)”, e (ii) estudo elaborado pela Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia (fls. 769/774), deixando de incluir os cereais matinais dentre os produtos considerados potencialmente nocivos à saúde do consumidor. Aliás, a falta de potencial danoso dessa linha de produtos se prova pela própria dispensa de registro (segundo Resolução 23/00 e Resolução 22/00 e alterada pela RDC 278/05). Mesmo assim, não se pode olvidar que todos os produtos da apelada tiveram fabricação autorizada, e são regulados pela ANVISA, e nesse passo seguem todos os padrões de qualidade exigidos pela legislação em vigor, tanto é que nem se cogita retirá-los do mercado. Ora, se o consumo dos produtos da apelada causasse algum mal à saúde, era de se esperar que o apelante requeresse a interrupção de sua comercialização. A ausência desse pedido já demonstra a ausência de prejuízo!

II - A publicidade dos produtos da Kellogg não é abusiva. De fato, a Kellogg divulga corretamente e com clareza as informações nutricionais de seus produtos, observando a *Resolução ANVISA RDC nº 360/2003* e o *Regulamento Técnico sobre Rotulagem Nutricional de Alimentos Embalados*.

Power, como dito, sobre o qual nada foi trazido) e Honey Nut 'os®, sem identificar quaisquer sinais de abuso! Nada foi dito sobre danos causados pelos produtos da Kellogg.

A atuação da Kellogg é ainda mais restritiva, tendo aderido ao compromisso firmado pela Associação das Indústrias de Alimentos da Europa (CIAA), de implementação voluntária do Sistema de Rotulagem Nutricional (*Guideline Daily Amounts – GDA*), no Brasil introduzido pela Associação Brasileira das Indústrias da Alimentação – ABIA. Suas campanhas também respeitam fielmente o **Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária do CONAR** e as normas pertinentes do CDC. Nesse aspecto também é mais restritiva, pois elaborou e segue fielmente a cartilha “*Worldwide Marketing & Communication Guidelines*” (Diretrizes de Marketing e Comunicação Globais) que orienta a divulgação de seus produtos a crianças abaixo de 12 anos, sendo certo que ela não dirige publicidade para crianças com menos de 6 anos. Não bastasse, insta lembrar da adoção do Critério Global de Nutrientes KELLOGG (*KELLOGG Global Nutrient Criteria – KGNC*), para que a recomendação de consumo diário dos produtos dirigidos a crianças não ultrapasse 200 calorias, 2g de gordura saturada e 0 g de gordura trans, 230mg de sódio e 12g de açúcar por porção. Por fim, a KELLOGG aderiu a Compromisso Público relacionado à publicidade de alimentos e bebidas para crianças, mediante a assinatura do PLEDGE, por meio do qual se comprometeu a “*não fazer, para crianças abaixo de 12 anos, publicidade de alimentos ou bebidas, com exceção de produtos cujo perfil nutricional atenda a critérios específicos baseados em evidências científicas*”, nem realizar, nas escolas, “*para crianças com menos de 12 anos, qualquer tipo de promoção com caráter comercial relacionada a alimentos ou bebidas que não atendam aos critérios descritos anteriormente, exceto quando acordado ou solicitado pela administração da escola para propósitos educacionais ou esportivos*”.

III – Seria impossível estabelecer qualquernexo de causalidade, porquanto a aquisição do produto da apelada, bem como a dieta da criança, passam pela

decisão de seus pais ou responsáveis, para quem a campanha publicitária não pode ser considerada abusiva por si só.

12. Ao se manifestar em réplica, o membro do Parquet deixou de contestar a qualidade dos produtos da Kellogg, e de indicar qualquer abusividade nas campanhas da apelada. Com efeito, o *Parquet* preferiu não tratar de questões concretas (em suas palavras, mera “*ilustração das questões teóricas então tratadas*” (pg. 3), reconhecendo que “*não está nesta ação discutindo se os cereais ou outros produtos das rés são bons ou prejudiciais à saúde. Como não se quer discutir se a publicidade das rés efetivamente resulta em consumismo excessivo*” (pg. 9).

13. Na verdade, o apelante acabou reconhecendo que não conseguiria sustentar nem o abuso das propagandas da apelada, nem os supostos prejuízos decorrentes de seu consumo regular, nem o nexo de causalidade; daí então a preferir restringir-se a defender, **teoricamente**, uma suposta “*ilegalidade de toda publicidade dirigida a crianças, em razão da abusividade diretamente decorrente da lei*” (pg. 4). Esta a causa de pedir próxima de seu pedido.

14. A apelada ainda apresentou tréplica, demonstrando, em síntese, que **A PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS NÃO É VEDADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.**

15. Depois de especificadas as provas, o MM. Juízo *a quo* exarou sentença, julgando improcedente a demanda, nos termos do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

-III-
DA R. SENTENÇA APELADA

16. A r. sentença afastou as preliminares de inépcia da inicial e de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que seria possível depreender o pedido formulado, bem como sua respectiva causa de pedir; inclusive porque julgou ser atualmente irrelevante a prejudicial, que deve ser apreciada junto com o mérito.

17. Assim, no mérito, o MM. Juízo *a quo* destacou que a controvérsia dos autos cinge-se à constatação da ilicitude ou não da conduta das apeladas em direcionar publicidade ao segmento infantil e, por isso, julgou o feito antecipadamente, por tratar-se de questão unicamente de direito.

18. E, nesse aspecto, o MM. Juízo *a quo* julgou a ação improcedente, ponderando que a procedência da ação afrontaria:

(i) o princípio da legalidade (art. 5º, II, da Constituição Federal), em razão da ausência da lei proibindo publicidade direcionada ao público infantil. Nesse passo, a magistrada analisou detidamente os dispositivos legais citados pelo apelante na peça vestibular, concluindo que, em uma análise *a contrario sensu*, eles na verdade autorizam a publicidade direcionada ao público infantil. Salientou, ainda, que essa é uma escolha da sociedade, por meio de seus representantes legitimamente eleitos, que não pode ser substituída por uma solução judicial;

(ii) o princípio da livre manifestação do pensamento. Com efeito, destacou que, ainda que fossem analisadas e consideradas lesivas todas as mensagens publicitárias já veiculadas, destacou que a

pretensão do apelante não merece acolhimento, por ser manifestamente inviável proibir a prática publicitária em abstrato.;

(iii) os dispositivos do Código de Defesa do Consumidor que regulamentam a publicidade voltada para os hipossuficientes (art. 37, §2º, do CDC);

(iv) os princípios da isonomia e da livre concorrência no mercado de bens de consumo, porque constam apenas as apeladas no pólo passivo, que não são as únicas empresas que destinam publicidade ao público infantil, fato que inclusive indicaria quão inócua seria eventual condenação (falta de interesse processual); e

(v) a jurisprudência do E. Tribunal de Justiça;

(vi) a razoabilidade, porque a publicidade poderia trazer elementos informativos, educativos e construtivos, que efetivamente auxiliam no processo de desenvolvimento das crianças, não fazendo sentido sua proibição

19. O MM. Juízo *a quo* também lembrou que o robusto sistema de garantias estabelecido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente na verdade prestigia a autoridade familiar, erigindo-a à condição de educadora e formadora de valores, não havendo que se transferir essa responsabilidade às apeladas.

20. Por fim, embora sem condenar o apelante pela litigância de má-fé por não constatar hipótese prevista no art. 17 do CPC, o magistrado deixou patente que sua pretensão é contrária à lei: “*evidentemente equivocada a assertiva do autor quanto à existência de dispositivos legais que sustentam sua pretensão*”, hipótese que se enquadra ao art. 17, I e III do CPC.

-IV-
RAZÕES DA APELANTE

21. O Ministério Público do Estado de São Paulo interpôs recurso de apelação. Em apertada síntese, mencionando “estudos e trabalhos” (...) “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”, o Autor insiste na “possibilidade de o Estado coibir a publicidade dirigida à criança”, que consistiria “uma necessidade impostergável para a garantia da saúde pública e da integridade e liberdade das crianças e jovens de todo o mundo”.

22. Segundo sustenta, sua pretensão esta que estaria fundamentada nos dispositivos legais já indicados na petição inicial:

(i) o art. 36 do Código de Defesa do Consumidor, que proibiria publicidade dirigida a quem não tem condições de identificá-la;

(ii) o art. 227 da Constituição Federal;

(iii) os arts. 15 e 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente;

(iv) o art. 37, §2º, do Código de Defesa do Consumidor.

23. Argumenta, ainda, que o princípio da livre iniciativa estaria em pé de igualdade com a defesa do consumidor (art. 170, V, da Constituição Federal), e com a proteção integral da criança como prioridade absoluta (art. 227 da Constituição Federal), não justificando a improcedência da demanda. Além do que, o princípio constitucional não teria o condão de transformar o ilícito em lícito.

24. O apelante ainda sustenta que o CONAR, sensível à fragilidade das crianças, alterou seu Código de Auto Regulamentação Publicitária em 2006, para estabelecer regras especiais para a publicidade endereçada ao público infantil. Curioso que nem a apelante tem a audácia de alegar que o art. 37 proíbe toda e qualquer publicidade dirigida a crianças, pois como se lê textualmente, os publicitários são orientados apenas a não dirigir-lhes anúncio com apelo imperativo, ou que desrespeite sua dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência e o sentimento de lealdade.

25. O recurso do apelante pára por aí, sem abordar os demais argumentos da sentença apelada. Torna nítido seu caráter protelatório, insistindo na litigância de má-fé (art. 17, VII do CPC), o que justifica uma vez mais sua condenação.

-V-

DAS RAZÕES PARA A MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA

V.A – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA E FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL

26. Não pode ser dado provimento à apelação, porque a pretensão do apelante é impossível, por discutir lei em tese e almejar objetivo ilícito.

27. Com efeito, a tese do apelante – que é inclusive condição para a procedência da ação -- resume-se à tentativa de convencer que a publicidade voltada a crianças é, por si só, conduta abusiva e ilegal, o que foi bem pontuado pelo MM. Juízo a quo: *“Oportuno ressaltar que, embora indicando abusividade em algumas das pelas publicitárias das rés, o que o autor postula, ao fim e ao cabo, é a PROIBIÇÃO DE TODA E QUALQUER PUBLICIDADE DIRIGIDA AO PÚBLICO INFANTIL. Vale dizer, não apenas aquelas apontadas como lesivas aos interesses das crianças, mas de todas elas”*. (fl. 1451)

14
TM

28. Ao invés de apontar abusos concretos na propaganda das apeladas (que não existem), a investida do Ministério Público tem o escopo de atribuir ao Estatuto da Criança e do Adolescente a defesa de novos valores, não previstos ou relacionados em sua redação.

29. Com efeito, sustentou em sua exordial que *“o ECA não definiu os valores cuja preservação determina. E não existe, realmente, previsto em lei, um rol dos valores que a sociedade deva prestigiar e, conseqüentemente, o direito proteger”*.

30. Torna-se, então, inescandível a pretensão de discutir lei em tese, para o que o apelante escolheu a via inadequada: *“(…) Trata-se de questionamento complexo e genérico, que somente teria interesse no universo jurídico caso pudesse ensejar a prolação de comando para abstenção de tal prática reputada lesiva”* (fl. 1452).

31. A propósito, o suposto valor sustentado pelo apelante encontraria fundamento jurídico na Constituição Federal, de modo que o remédio adequado seria a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), inclusive porque seus efeitos seriam *erga omnes*.

32. Em casos similares, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acertadamente extinguiu a ação, sem julgamento do mérito:

A mesma decisão deu motivo ao agravo de instrumento n. 920.911.5/4-00, apresentado pela empresa Oásis SPA e Home Resort Ltda, e julgado por esta Câmara em 17.09.09, por acórdão em que o relator sorteado ficou vencido, tendo a maioria DECIDO PELO PROVIMENTO COM EXTINÇÃO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, POR INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL, ELEITA PARA QUESTIONAR LEI EM TESE, COM BASE NO ARTIGO 267, VI DO CPC. Com isto, o presente agravo de instrumento restou prejudicado.

Ante o exposto, dá-se por prejudicado este agravo de instrumento.

1490
m

[Agravamento de Instrumento nº 994.09.361026-5, Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Antônio Celso Aguilar Cortez, j. 18.02.2010]

Ação Civil Pública Ambiental - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PARA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL Nº 108/2007 QUE APROVOU O PLANO DIRETOR - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO EM SEDE DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - POSSIBILIDADE - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE ATO CONCRETO NA PEÇA INICIAL. EM SE TRATANDO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUESTIONANDO LEI EM TESE, OU SEJA, SEM A INDICAÇÃO DE ATO CONCRETO, CUJO OBJETO SEJA UM "FACERE" OU "NON FACERE", AFIGURA-SE INCOMPATÍVEL SUSCITAR "INCIDENTER TANTUM" QUESTÃO CONCERNENTE À INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS. ISSO PORQUE, COMO A SENTENÇA TEM EFEITO "ERGA OMNES", O MANDAMENTO JUDICIAL DELA DECORRENTE, AO MESMO TEMPO QUE DETERMINA QUE NINGUÉM PODERÁ PRATICAR A CONDUTA DO RÉU, IMPLICA NA NECESSIDADE DE TODOS OS INDIVÍDUOS SUJEITAREM-SE À DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI TIDA POR INCONSTITUCIONAL PELO JUÍZ DA CAUSA.

[Agravamento de Instrumento nº 920.911-5/4-00, Câmara Reservada ao Meio Ambiente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Rel. Regina Capistrano, j. 17.09.2009]

33. Ademais, o reconhecimento de um novo valor não pode ser reconhecido por meio de uma ação civil pública que envolve apenas duas empresas, cuja eventual sentença favorável terá efeitos tão somente no Estado de São Paulo.
34. Se há um valor novo a ser protegido, deve ele alcançar efeitos plenos, salvaguardando as crianças de todas as empresas que lhe dirigem qualquer sorte de promoção ou campanha de marketing, do contrário não traz qualquer benefício às crianças (ausência de interesse processual).
35. Essa questão foi inclusive reconhecida pela irreprochável sentença de 1º grau: *"Aliás, a composição do pólo passivo desta ação indica quão inócua seria eventual condenação. Isso porque as crianças não estariam 'protegidas' contra a publicidade abusiva dos demais fornecedores e prestadores de serviço,*

que não foram acionados em Juízo e continuarão livremente a veicular seus anúncios na mídia" (fl. 1453).

36. Em vista disso, embora não reconhecida pela r. sentença apelada, as preliminares criam obstáculo inequívoco e intransponível ao provimento do recurso.

V.B - PUBLICIDADE DIRIGIDA A CRIANÇAS NÃO É VEDADA NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

37. Ainda que assim não fosse, insistindo na tese de que a publicidade dirigida a crianças é, por si só, ilícita, o apelante mencionou (dessa vez sem nem mesmo associar) o art. 71¹⁰ do ECA (Lei 8.069/90) – que supostamente reconheceria incapacidade da criança de compreender a intenção da publicidade, impedindo sua identificação como tal -- com o art. 36¹¹ do CDC (Lei 8.078/90) – segundo o qual a publicidade deve ser facilmente identificada pelo destinatário. Com isso, tenta atribuir a toda e qualquer publicidade dirigida a crianças a qualidade de abusiva, o que a tornaria proibida, nos termos do art. 37¹² do CDC.

38. É com esse contorcionismo que o apelante vem chamando de clara a ilicitude de publicidade dirigida a crianças. Entretanto, as premissas adotadas pelo apelante não condizem com o texto legal, nem com a realidade.

¹⁰ Art. 71. 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.

¹¹ Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.
Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.

¹² 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 ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

(i) Art. 71 do ECA - Condição peculiar vs. incapacidade de identificar a publicidade

39. O art. 71 do ECA não diz que a criança é incapaz de identificar, ou compreender a intenção da publicidade, mas apenas que a criança é pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

40. O apelante desvirtuou o texto legal ao associá-lo com estudos importados da Suécia (o mesmo mencionado nas razões da apelação), coincidentemente o único país do mundo onde foi vedada a publicidade dirigida a crianças.

41. Entretanto, insta destacar que mesmo esses estudos são inconclusivo. Com efeito, segundo a redação completa do estudo trazido nos autos do inquérito civil, *"as pesquisas sobre a idade em que as crianças conseguem diferenciar propaganda na TV do conteúdo dos programas não são inteiramente conclusivas. Segundo alguns estudos, algumas crianças conseguem distinguir propaganda e programas já aos 3 a 4 anos de idade, mas outros indicam que essa capacidade não se desenvolve até os 6 a 8 anos. Quase todos os estudos, porém, indicam que essa capacidade está plenamente desenvolvida em todas as crianças de 10 anos de idade. Uma explicação para a discordância dos resultados é que métodos diferentes foram usados nos estudos. Todos os estudos em que os pesquisadores observaram se a atenção das crianças quando vêem televisão mudava na transição de programas para comerciais relatam que a capacidade de distinguir os dois se desenvolve em uma idade relativamente precoce (...)"*¹³

42. Importa destacar que o apelante não teceu uma consideração sequer sobre o trecho acima transcrito, insistindo nas conclusões parciais que vêm divulgando (vale dizer, alterando a verdade dos fatos).

¹³ *The Effects of advertising on children*, fls. 294.

1501
fm

43. Note-se que pesquisa realizada pela Multifocus, juntada pelo próprio apelante, dá justamente a entender que a separação entre o real e o imaginário ocorreria aos 7 anos de idade (lembrando que a Kellogg não dirige propaganda às crianças menores de 6 anos, e o apelante pretende proibir publicidade para menores de 12 anos).

44. Em relação ao objetivo da propaganda, a premissa adotada pelo apelante para ajuizar a ação, de que apenas aos 12 anos a criança/adolescente estaria apta a compreendê-la, também não é completamente verdadeira, segundo o próprio estudo trazido aos autos para fundamentar a tese das empresas que realizaram a representação que deu origem ao inquérito civil: *“Alguns estudos – sobretudo aqueles em que foram usados métodos de testes não verbais – relataram que algumas crianças entendem o objetivo da propaganda exibida na TV já na idade de 5 anos”*¹⁴.

45. De todo modo, na Suécia, onde a legislação adotou essa premissa (de que as crianças são incapazes de identificar e compreender a publicidade), a vedação veio de modo expresso por lei -- o que não se verifica entre nós -- atingindo a todos os produtos, e não apenas a dois cereais matinais, como pretende o apelante por meio dessa teratológica ação.

46. Ou seja, nem no único país do mundo onde foi vedada a publicidade dirigida a crianças, cogitou-se proibir apenas duas empresas de desempenharem com plenitude suas atividades comerciais.

¹⁴ Idem, fls. 296.

(ii) *Art. 37 do CDC permite a publicidade dirigida a crianças*

47. Ora, mas se o Código de Defesa do Consumidor (que é posterior ao ECA, e viria a permitir o silogismo aventado pelo apelante) pretendeu vedar a publicidade infantil, porque não o fez expressamente?

48. Como se vê da redação do próprio **art. 37 do CDC** (que em última análise é o dispositivo legal que sustenta a frágil tese do apelante), não é vedada toda e qualquer publicidade dirigida a crianças, mas tão somente aquelas que se aproveitem da deficiência de julgamento e experiência da criança.

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 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.

49. O próprio texto da lei desmente o apelante, como bem salientou o MM. Juízo a quo: "O Código de Defesa do Consumidor traz menção, no parágrafo segundo de seu artigo 37, à vulnerabilidade da criança, classificando como abusiva a publicidade 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 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 lícita. Fosse o contrário, haveria expressa menção na legislação". (fl. 1454, sem destaque no original).

1503
m

(iii) Ausência de abuso reconhecida

50. Colocado o argumento do apelante de uma maneira mais clara, afigura-se evidente que o silogismo criado não encontra fundamento legal para proibir, antecipadamente, qualquer publicidade. Seria então imprescindível analisar o caso concreto, proibindo apenas os eventuais abusos.

51. Ressalte-se, ao longo da ação o apelante admitiu em réplica não ter alegado que os produtos da Kellogg causam risco à saúde, nem que as campanhas promocionais em si tragam informações incorretas, ou que visem a iludir o público infantil. **E com isso, abdicou do único fundamento legal (causa de pedir próxima) que poderia dar sustentação ao seu pedido (o abuso, concretamente analisado).**

52. E mesmo que se pudesse atribuir o ônus dessa prova à apelada, melhor sorte não teria o apelante. Isso porque a política de marketing seguida pela apelada não pode ser considerada abusiva sob nenhum prisma. Como dito, ela é muito mais restritiva do que a própria regulamentação existente no Brasil, contemplada no Código Brasileiro de Auto Regulamentação Publicitária do CONAR, em seu art. 37¹⁵ e no item 2 do Anexo H¹⁶; bem como nos itens 8 e 9 da Resolução nº 408, editada em 11.12.2008, pelo Conselho Nacional de Saúde¹⁷.

¹⁵ 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:
(...)

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;

¹⁶ 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.

1504
me

53. Mais do que isso, a apelada nunca sofreu qualquer condenação judicial, nem acusou qualquer reclamação em seu SAC! Além disso, o CONAR, que atende indiscriminadamente a todos os cidadãos, em âmbito nacional, recebeu, ao longo de todo o ano de 2009, apenas uma única reclamação, que foi inclusive arquivada.

(iv) Princípio da legalidade

54. Para finalizar, cumpre lembrar que atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 1.338/07, cujo objetivo é justamente o de vedar a propaganda voltada para crianças até 12 anos. Ora, fosse atualmente vedada essa propaganda, por que tramitaria PL com idêntica finalidade? Fácil deduzir, a contrário sensu, que vedação alguma há, pelo menos até que o projeto seja sancionado (se um dia vier a ser).

55. Não obstante, foi recentemente editada a Resolução ANVISA RDC 24, de 15.06.2010, regulamentando como deve ser realizada a publicidade dirigida a crianças. Ora, se qualquer tipo de publicidade dirigida a crianças é vedada, por que razão ela seria regulamentada?

56. O apelante tem todo o direito de querer que a publicidade seja vedada às crianças, mas essa é atribuição originária do Poder Legislativo. Não pode ele querer incluir uma vedação por meio de sentença, sem lei que fundamente sua pretensão, sob pena de afrontar o tão caro princípio da legalidade e da segurança jurídica.

¹⁷ 8) Regulamentação da publicidade, propaganda e informação sobre alimentos, direcionadas ao público em geral e em especial ao público infantil, coibindo práticas excessivas que levem esse público a padrões de consumo incompatíveis com a saúde e que violem seu direito à alimentação adequada,

9) Regulamentação das práticas de marketing de alimentos direcionadas ao público infantil, estabelecendo critérios que permitam a informação correta à população, a identificação de alimentos saudáveis, o limite de horários para veiculação de peças publicitárias, a proibição da oferta de brindes que possam induzir o consumo e o uso de frases de advertência sobre riscos de consumo excessivo, entre outros,

V.C - CENSURA E AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E DA LIVRE INICIATIVA

57. O apelante pretende proibir antecipadamente todas as peças publicitárias voltadas a crianças (censura), mas apenas das apeladas (afronta ao princípio da isonomia e da livre concorrência).

58. Era de se esperar que, ao se manifestar em réplica e agora por meio das razões recursais, o Ilmo. membro do *Parquet* abordasse todos esses aspectos, oferecendo resposta pelo menos às seguintes questões:

- (i) Se qualquer propaganda dirigida a crianças é ilícita, por que o Ilmo. representante do Ministério Público ajuizou ação apenas contra duas das empresas que vendem cereais matinais? Por que o Ilmo. representante do Ministério Público não ampliou a demanda para outras empresas que também dirigem publicidade às crianças, tais como aquelas relacionadas a brinquedos, doces, vestuário, parques de diversão, etc.?
- (ii) Se os produtos da apelada não causam risco à saúde – como a apelada demonstrou e contra o que o *Parquet* não se insurgiu –, seria abusivo divulgar um produto cujo consumo faz bem à saúde?
- (iii) Tendo reclamado até dos representante dos produtos Kellogg (tigre Tony®, o elefante Melvin®, a abelha Speedy Bee® e o Tucano Sam®), pretenderia o *Parquet* imiscuir-se nas ilustrações das embalagens (algumas delas, como do Tony®, existente desde 1952)? Espera que os produtos da Kellogg sejam vendidos em embalagens brancas? Não estaria assim pretendendo vedar, por via oblíqua, a própria comercialização do produto?

150
m

- (iv) Se de fato a publicidade de cereais dirigida a crianças tem o condão de induzir o consumo, a procedência da ação (com a substituição de seu consumo por outros grupos de alimentos, como leite e pão, por exemplo) não piorará a dieta da criança brasileira (uma vez que, como assevera a nutricionista Joclem Salgado, professora da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz (Esalq-USP), de Piracicaba, "*uma tigela de leite com cereais e frutas no café da manhã, por exemplo, é uma refeição mais saudável do que um copo de leite com café e um pão francês com manteiga*")? Por que o *Parquet* tem essa pretensão? Ele se muniu de estudos para tomar essa iniciativa tão impactante na saúde das crianças brasileiras? Ou será que o Ilmo. membro do Ministério Público esqueceu-se que, reduzindo o consumo de cereais, as crianças passarão a ingerir outros alimentos?

59. A apelante asseverou nas razões recursais que a defesa do consumidor e a proteção integral da criança também encontram fundamento constitucional; que preservar a livre iniciativa não significa assegurá-la a qualquer custo (como se a apelada tivesse essa intenção), e que "*o fato de haver outras empresas adotando a mesma prática comercial não isenta as rés de responsabilidade e nem transforma o ilícito em lícito*".

60. Como se vê, o apelante tergiversou e não ousou apresentar resposta séria a qualquer dessas indagações!

IV.D – CASOS IDÊNTICOS JÁ JULGADOS PELO TJSP

61. Se o apelante concorda ou não com a Resolução, é questão que não cabe discutir nesses autos. Fato é que a permissão de propaganda dirigida a crianças -- mesmo de alimentos com quantidades elevadas de açúcar, gordura saturada,

1507
m

gordura trans e sódio – existe, seja em razão da ausência de lei vedando, seja em razão da expressa regulamentação dessa prática.

62. Aliás, oportuno destacar que nossos Tribunais, em situação absolutamente análoga, já concluíram pela absoluta legalidade da publicidade dirigida às crianças:

“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 sensato exigir que investimentos se façam na área da educação para o consumo racional, inclusive dos pais e educadores, ao invés de práticas interditas que, nesse contexto, se aproximam dos atos de censura de atividades licenciadas - Não provimento”.

[Apelação nº 566.275.4/7, 4ª Câmara de Direito Privado do TJSP, v.u., Rel. Ênio Zuliani, j. 03.09.2009]

63. Elucidativos alguns trechos do referido acórdão, que dão a exata noção do que significaria vedar previamente qualquer tipo de propaganda, como pretende o apelante:

O que é emblemático - e nesse particular foi acertada a r. sentença - é o que exigir do Judiciário na solução desse grave problema, sabido que a interferência do juiz na esfera das atividades privadas autorizadas e por meio de intervenção no campo publicitário, em certos contextos, poderá ser avaliada como uma inutilidade que desmoraliza a própria função e efetividade do serviço público (art. 5º, XXXV, da CF). O refrigerante em excesso engorda, como engordativos são o chocolate, o macarrão, a pizza, o cachorro quente, a bolacha, a batata chip, as balas, sorvetes e guloseimas e tantos outros produtos que são deliciosos e do gosto da maioria, especialmente as crianças. Os adultos não resistem aos salgadinhos, pães, queijos amarelos, patês, vinhos, cervejas e tudo isso aumenta o peso e a barriga abdominal. Será preciso constar das embalagens de tais produtos que o consumo é prejudicial à saúde? Evidente que não. (...)

1508
7/2

Não há, data vênia dos combativos representantes do Ministério Público, como substituir a incúria do serviço público por diretrizes judiciais, como se a proibição de anúncios direcionados ao público infantil, com restrição ao marketing voltado à captação de novos clientes com distribuição de brindes do gosto da molecada, pudesse refrear a corrida às latas e copos dos refrigerantes preferidos. Há nesse projeto uma indevida incursão nos domínios da esfera comercial, o que constitui um precedente perigoso para a segurança da licença concedida pelo art. 170, da Constituição Federal. O Estado não condena a comercialização de bebidas e permite que se ofereçam opções como o light e diet, de modo que o livre arbítrio continua sendo senhor da decisão a ser tomada e executada e não convém que o juiz regulamente o setor e estabeleça novos parâmetros de comercialização de um produto que não teve sua nocividade reconhecida, tanto que sequer se cogita de sua exclusão como produto aprovado para consumo.

64. Como se vê, a restrição de campanha publicitária dirigida às crianças representa indevida interferência do juiz na esfera das atividades privadas, em afronta ao art. 170 da Constituição Federal. Afinal, como proibir por completo a publicidade de um produto cujo consumo é admitido, porquanto não teve sua nocividade reconhecida?

65. Decisão nesse sentido significaria verdadeira censura¹⁸, em afronta aos princípios esculpidos no art. 220 da Constituição Federal:

O sistema jurídico é subsidiário da gestão pública e será receptivo das metas que busquem a autorregulamentação do setor de publicidade, com medidas de incentivo para que a população imponha os limites, e isso somente será possível mediante informações com propósitos cívicos (formar opiniões), evitando, sempre que permitido, estabelecer práticas arbitrárias e que se assemelham à censura imposta em países de regimes totalitários. Os jornais noticiaram que 24 empresas, entre elas McDonalds, Coca-Cola e KELLOGG, assumiram compromisso formal perante a Anvisa de não fazerem publicidade voltada a crianças de zero até 12 anos em programas de TV em que 50% ou mais da audiência seja constituída por esse público (Folha de São Paulo, 26.8.2009, C4).

¹⁸ E é justamente essa a natureza da restrição prévia de propaganda. A propósito, leia-se discurso do Sr. Deputado Luiz Bassuma, por ocasião das discussões do Projeto de Lei 1.338/07 (fls. 489): "É fundamental o papel do Estado, incluindo o Congresso Nacional, neste momento tão crítico de transformações aceleradas por que passa a sociedade, principalmente no sentido de rever a legislação. E tem que haver censura, sim. Censura é a palavra, não quero usar outra."

o que constitui um bom começo. Cabe, portanto, ao Estado, dentro da autorização concedida para atuar (art. 220, § 4º, da CF) emitir os comandos pertinentes, o que explica a promulgação da Lei 9294/96 (sobre tabaco) e da Lei 9294/96 (publicidade em parte restritiva de bebidas alcoólicas).

66. Pede-se vênica para a transcriçãõ de outros relevantes trechos, que afastam, com propriedade, a condenaçãõ de um único ator social, notadamente em funçãõ da existênciã de outros tantos fatores que contribuem com o suposto crescimento da obesidade infantil.

Se não existe prova de ofensa a essas normas, é mister avaliar o conceito de publicidade enganosa para fins de tutela do consumidor e, data vênica, não há nos anúncios publicitários e nas estratégias de arrematadaçãõ da clientela e da manutençãõ dos cativos, mã-fê na apresentaçãõ do produto. (...)

A obesidade está associada a múltiplos fatores, inclusive de ordem genética, e não seria recomendável atribuir aos refrigerantes a culpa exclusiva ou preponderante do excesso de peso de grande parte da populaçãõ.

67. Ademais, como se vê, não sendo considerada uma prática ilícita em si, indispensável que seja constatado o abuso, notadamente mediante publicidade enganosa.

68. Finalmente, o paradigma trazido também trouxe significativas ponderações acerca do que pode ser considerada publicidade enganosa, nos termos do Código de Defesa do Consumidor:

O Ministério Público sustenta que a obrigatoriedade de exigir que a Coca-Cola cesse com o marketing voltado ao público infantil e advirta os consumidores do risco da obesidade está assentada nos arts. 6º, 9º, 31 e 37, do CDC. Convém anotar que a associaçãõ dessas regras ocorre quando há publicidade enganosa e prejuízo à saúde do consumidor, o que não se provou com estudos técnicos, mas, sim, avaliações ou estudos estatísticos, o que é insuficiente como justificativa legal para intervençãõ no regime de mercado da empresa autorizada a fabricar e vender seus produtos. Acontece que todas as mensagens inseridas nos autos estão situadas no princípio da legalidade estabelecido pelo art. 1º

1510
m

do Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária e que foi definido por MARIA LUIZA DE SABOIA CAMPOS como "de que o anúncio (lato sensu) deve estar inserido harmonicamente nos ditames das leis e das formas secundárias de expressão do direito (costumes, ética etc), além de salientarem os princípios da honestidade e da veracidade a que a mensagem publicitária deve se adequar" (Publicidade: responsabilidade civil perante o consumidor, Cultural Paulista, 1996, p. 220).

69. Valendo-se desse exemplo, impõe-se lembrar que nos presentes autos não se fez qualquer prova do abuso da apelada, muito pelo contrário!

70. Esse não é o único precedente sobre o tema. Parece que o Ministério Público está realmente investindo genericamente contra qualquer propaganda voltada às crianças, e em recentíssimo julgado, esse intento foi novamente rechaçado pelo augusto Poder Judiciário:

"AÇÃO CIVIL PÚBLICA - 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 consubstanciarão 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"

[Apelação nº 353.857-4/5-00, 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, v.u., rel. Sebastião Carlos Garcia, j. 29.04.2010]

71. Deste aresto também podem ser aproveitadas relevantes lições. Ali também foi destacada a licitude de publicidade dirigida a crianças, notadamente em função da garantia de livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação:

"Pois bem. Conquanto se reconheça a legitimidade do Ministério Público para atuar em defesa de interesses difusos e coletivos,

máxime quando estes últimos dizem respeito a crianças e adolescentes, no caso em tela, o fato irretorquível é que a publicidade dos produtos fabricados e comercializados pela ré não é proibida pelo ordenamento legal vigente.

Ora, como sabido e consabido, a Constituição Federal garante a livre manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação. O artigo 220 da Carta Magna, ao tratar de tal questão, estabelece, em seu § 3º, inciso II, que compete à lei federal: "estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (grifo nosso).

72. Nos termos em que se argumentou linhas acima, mesmo a publicidade de alimentos que contenham açúcar, sódio e gordura é lícita, para as quais basta observar as limitações regulamentares aplicáveis:

"Todavia, conquanto exista legislação disciplinando a publicidade atinente a produtos como bebidas alcoólicas e tabaco, não existe norma que proíba ou restrinja a publicidade de produtos que contenham açúcar, ou, mais especificamente, não existe proibição ou restrição legal à publicidade de refrigerantes e sucos adoçados.

A própria Constituição Federal, aliás, ainda no artigo 220, § 4º não proíbe a publicidade de produtos tais como tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos e medicamentos (reconhecidamente nocivos à saúde), impondo, tão somente, restrições que são disciplinadas por legislação infraconstitucional.

Por conseguinte, inexistindo legislação específica proibindo ou restringindo a publicidade de refrigerantes e sucos adoçados, não há meios de o Poder Judiciário impor proibições ou restrições desta espécie à ré-apelante, porque, com solicitada indulgência pela reiteração, a publicidade dos produtos referidos não está proibida ou restrita por norma legal"

73. Também neste aresto foi destacada a afronta à isonomia e à livre concorrência, na medida em que a ação é movida em face de apenas duas das empresas que supostamente realizariam divulgação irregular, e uma eventual condenação beneficiaria as demais empresas do segmento, que têm a mesma

1512
m

conduta, conferindo-lhes uma vantagem competitiva, na medida em que continuariam podendo divulgar seus produtos.

"Ressalte-se, ainda, que a ré não é a única fabricante de refrigerantes e sucos adoçados existente no país. A imposição de restrição à publicidade dos produtos fabricados pela ré, dirigida a ela somente, implicaria em violação aos princípios constitucionais da isonomia e da livre concorrência.

Ora bem: dentre os princípios gerais da atividade econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição Federal estão o princípio da livre concorrência e o da defesa do consumidor, os quais devem conviver em harmonia. Nesse sentido, cabe menção ao artigo 4º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, verbis: (...)

Assim, impor restrições e proibições a somente uma das empresas fabricantes de refrigerantes e sucos adoçados enseja a violação ao princípio da livre concorrência, eis que somente uma empresa será sancionada com restrições e proibições, sendo possível às demais empresas fabricantes dos mesmos produtos utilizar-se da via da publicidade para divulgar os seus produtos e com isso aumentar a respectiva comercialização em detrimento da ré, o que fere, por óbvio, o princípio da isonomia. Como quer que seja, existem inúmeros produtos que contêm açúcar, tais como chocolates, gomas de mascar, balas, pirulitos e cujas publicidades não sofrem qualquer proibição ou restrição. A imposição a somente uma empresa que fabrica e comercializa produtos contendo açúcar constituiria tratamento desigual entre iguais, o que, como sabido e ressabido, não é permitido em nosso ordenamento jurídico".

74. Finalmente, é feita curiosa observação. No afã de conferir uma suposta maior transparência às peças publicitárias, a consequência do provimento da apelação poderia confundir o consumidor, fazendo-o crer que o produto cuja divulgação foi proibida é nocivo à saúde:

"Não se pode olvidar, ademais, que as restrições e proibições objeto da presente ação civil pública podem ocasionar confusão entre os consumidores, vale dizer, a restrição e a proibição de veiculação de publicidade de refrigerantes e sucos adoçados impostas somente a uma empresa fabricante dos referidos produtos, com a máxima vênia dos combativos representantes do

Ministério Público, consubstancia medida inócua para o fim almejado pelo Parquet, porque as demais empresas continuarão veiculando a publicidade referida os consumidores ficarão sem entender o porquê de a empresa-ré não poder veicular publicidade ou sofrer restrições nesta publicidade e as outras fabricantes não. Tais imposições, aliás, poderiam dar a idéia de que a ré fabrica e comercializa produtos mais nocivos à saúde do que as outras fabricantes, fato este que, de resto, não foi cogitado nos autos nem encontra respaldo na prova dos autos.

75. Como se vê, não há dúvida de que a propaganda de alimentos – inclusive daqueles com alto teor de açúcar, gordura saturada e sódio – voltada a crianças não é vedada por nossa legislação, especialmente porque – como reconhecido pelo TJSP – o consumo excessivo e a obesidade encontram outros fatores, alguns até mesmo genéticos.

76. Além disso, proibir apenas algumas empresas de divulgar seus produtos fere o direito da livre concorrência e afronta os princípios da isonomia e da liberdade de expressão, podendo inclusive confundir os consumidores, razões pelas quais impõe-se seja negado provimento ao recurso.

V.E - DEVER DE VIGILÂNCIA DOS PAIS

77. Como se não bastasse, ainda que a publicidade pudesse induzir as crianças ao ‘consumo exagerado’ dos produtos da apelada (e não apenas ao consumo, porque esse, até o apelante não ousa discordar, não causa qualquer prejuízo), e esse ‘consumo exagerado’ causasse prejuízos, não se verificaria na hipótese o nexo de causalidade entre a conduta e dano.

78. Com efeito, o apelante passa a impressão de que as crianças, ao tomar contato com qualquer peça publicitária da apelada, prontamente partiriam para a aquisição e consumo exagerado de seus produtos.

151
70

79. Entretanto, não se pode olvidar que, entre a peça publicitária e o consumo exagerado, encontram-se os responsáveis legais pela criança.

80. Como se destacou na Apelação nº 566.275.4/7, já apresentada acima, as crianças atuam na sociedade por representação, de modo que cabe aos pais, em qualquer caso, filtrar os impetus delas:

"Argumenta-se que a proposta de restrição da publicidade está associada a quem não detém, ainda, poder de autodeterminação. Há, aí, um equívoco e uma incoerência. Os menores atuam na sociedade por representação e decidem suas vidas e seus caminhos por orientação familiar e das entidades que suprem esse papel quando ingressam nas escolas de recreação ou alfabetização infantil. Os pais das crianças e os educadores conhecem os riscos do consumo de refrigerantes, e não será necessário alertá-los para que orientem corretamente seus filhos e alunos dos perigos do excesso de peso provocado pelo acréscimo desvantajoso das calorias dos líquidos doces. PORTANTO, SE AS CRIANÇAS NÃO POSSUEM DISCERNIMENTO PARA DECIDIR, PORQUE CENSURAR O MARKETING de refrigerantes? O que a ação busca é uma proibição de venda para menores, o que é inadmissível sem que coexista uma política restritiva apoiada em decisões administrativas fundadas em pesquisas convincentes e confiáveis de que o refrigerante deva ser abolido da vida ou do cardápio das crianças brasileiras".

81. Vale dizer, considerando um ambiente familiar comum, os responsáveis pela aquisição de alimentos, notadamente de cereais matinais, são os pais, não as crianças. É deles também, em última análise, a decisão sobre os produtos que serão postos à mesa e formarão os hábitos alimentares das crianças.

82. Outrossim, não se pode perder de vista que cabe aos pais, ou representantes legais das crianças (é um dever deles, segundo o art. 4 do ECA), educar, orientar, limitar, e de modo geral, cuidar para que essas crianças tenham uma vida saudável (não apenas através de uma dieta balanceada, mas também adotando a prática de exercícios físicos regulares).

83. Ou seja, não é razoável partir da premissa de que a figura dos pais e representantes legais não existe, ou que eles não cumprem seu papel social, ou que eles são influenciados pelos filhos; para afirmar, categoricamente, que a publicidade em si conduz ao consumo excessivo do que quer que seja.

84. Vale dizer, essa suposição é no mínimo estranha. Fosse verdade, todas as residências teriam hoje produtos da Nestlé, da KELLOGG e de todas as empresas que dirigem às crianças qualquer propaganda, o que parece não condizer com a realidade (art. 335 do CPC).

85. Ademais, importa considerar que a pretensão do *Parquet* também não parece razoável na medida em que, para tutelar as crianças contra o suposto consumismo exagerado (de qualquer alimento, porque qualquer consumo exagerado contraria a recomendação de nutricionistas, causando prejuízos à saúde, ainda que não seja a obesidade), não bastaria evitar tão somente a divulgação de cereais matinais (ou alimentos com alto teor de sódio, açúcar e gorduras, se assim pudessem ser considerados), seria necessário um verdadeiro isolamento das crianças até os 12 anos (idade em que o apelante alega que elas passariam a gozar de algum senso crítico).

86. Essa estratégia, vale ponderar, parece no mínimo retrógrada, se considerada a sociedade atual. Com efeito, parece importante que as crianças tomem contato com as pessoas e coisas que a cercam, que tenham uma verdadeira relação com o mundo exterior, que as rodeará por toda a vida. São relevantes as vontades, as limitações e os conflitos; de modo geral, a percepção da escolha.

87. Isso porque, é a partir dessa experiência que seus pais e tutores legais poderão orientá-la, a cada conflito, a cada erro, para que tomem decisões racionais. Ou seja, aprender a examinar a realidade, a distinguir o bom e o mau, o verdadeiro e o falso, o útil e o prejudicial, é parte do amadurecimento normal do

indivíduo. É importante que a criança tenha a percepção de que há regras, há a possibilidade de escolhas. Ressalte-se, é obrigação dos pais 'falar não', quando e quantas vezes for necessário.

88. E mesmo a decisão de isolar a criança numa "redoma de vidro" caberá a cada pai, limitando o acesso à televisão, ao computador, ao rádio, ainda que a tentativa de evitar toda essa gama de experiências, que a conduzem ao amadurecimento -- apenas para evitar uma eventual frustração da criança -- possa retirar-lhe a oportunidade de falar não, gerando um filho alienado e, por que não dizer, "mimado" e sem a capacidade para enfrentar o dia a dia. Nesse sentido, também cabe aos pais assumir o risco de, subitamente, aos 12 anos, apresentar toda a realidade que até então se escondia da criança de uma vez só, e vê-la tomar decisões equivocadas, muito em razão da falta de orientação diante de situações que poderiam ter sido enfrentadas progressivamente diante de seus olhos, sob sua guarda.

89. Essa decisão, entretanto, cabe aos pais, não ao Ministério Público. São eles que devem orientar seus filhos, e transmitir os valores que julgam relevantes. Não se pode compactuar com a tentativa do *Parquet*, de imiscuir-se no seio familiar, trazendo para si as decisões em relação aos filhos dos outros, como se pudesse genericamente avaliar de antemão os melhores valores a serem adotados; isso é uma intervenção que não lhe cabe.

90. Embora não exista lei vedando a divulgação dirigida às crianças, como gostaria o Ministério Público, parecem relevantes as reflexões que permeiam a discussão que contrapõe, de um lado, a livre iniciativa e o direito de expressão, e de outro lado, um suposto abuso das estratégias de marketing.

91. A propósito, sobre o assunto, muito pertinentes as palavras do Sr. Stalimir Vieira, representante da Associação Brasileira de Agências de

Publicidade - ABAP, por oportunidade dos debates do Projeto de Lei 1.338/07 (fls. 464 e ss.), cuja transcrição, embora longa, faz uma abordagem elucidativa sobre os valores que tangenciam essa discussão e permitem novamente concluir que inexistente nexos de causalidade entre a publicidade e os danos que o apelante atribui à apelada:

Ainda outro dia vi na televisão um pastor falando em horário vespertino, para um auditório em que havia inclusive muitas crianças, o que poderiam significar certos desvios de conduta, em termos de punições divinas. Eu pergunto: vamos proibir a religião, a pregação, o culto? (...)

Muito bem. Agora, vamos falar sobre o papel da publicidade nesse processo. O que fazemos, nesse estado ideal de coisas, que vivemos no Brasil, para a produção, a venda, o comércio e a indústria? Primeiro: buscamos conquistar espaço para as marcas na mente do consumidor. É isso: espaço para as marcas. Não estou dizendo espaço para produtos, mas para as marcas

Buscamos estimular o consumo como elemento lúdico de satisfação pessoal, com o objetivo de gerar riqueza e ampliar a base produtiva e empregadora, fortalecendo a economia com o conseqüente benefício social. Esse é o nosso jeito de colaborar. É assim que trabalhamos. Esses são os nossos objetivos.

Terceiro: construir o conceito de que comprar a marca aporta prestígio, satisfazendo a ambição e a vaidade do público-alvo, consolidando assim uma cultura de consumo na sociedade. É assim que trabalhamos; com esse objetivo. Não há outros. Os conceitos com os quais trabalhamos são esses.

Agora, vamos à pergunta-chave, exposta no relatório apresentado pela Deputada Maria do Carmo Lara, que, para mim, é a questão. S.Exa. Pergunta: é mais importante incentivar a produção, as vendas e o consumo ou cuidar da formação integral dos nossos jovens, para que construam uma sociedade melhor do que esta em que vivemos? É para escolher? É excludente? O que é mais importante? Eu não sei o que é mais importante. Honestamente, eu não sei.

O que faço como publicitário, é estimular o consumo, a produção, as vendas. Essa é a minha parte. Sou despreocupado com a qualidade do desenvolvimento mental da criança? Não. Temos uma série de salvaguardas, e o CONAR talvez seja o melhor exemplo delas. Tenho até restrições com o excesso de limitações ao meu trabalho por parte do CONAR. Vocês não fazem idéia do que é ser um criativo publicitário, com o CONAR aberto na frente. É muito complicado. Ele existe, nós o

15/10
m

apolamos, é necessário. Eu disse que não defenderia como publicitário o que não defenderia como cidadão.

Agora, o que me preocupa é esta questão: o que estou fazendo para a formação ou contra a formação integral dos nossos jovens, para que construam uma sociedade melhor do que esta em que vivemos?

Contei a vocês que sou filho de comunistas, mas minha mãe dizia leite ninho e não leite em pó, minha mãe dizia maisena, e não amido: a minha mãe falava "Toddý", não falava "achocolatado". Então, será que eu fiquei pior por isso? Será que o fato de eu ter incorporado marcas e conceitos me fez uma pessoa pior do que aqueles que gostaríamos que compusessem uma sociedade no futuro? Eu não sei, honestamente, até que o ponto faz sentido, dentro do sistema capitalista em que vivemos, esse excesso de tutela.

Eu estive em Cuba algumas vezes - pasmem - para dar curso de marketing. Eu podia ter ido uma vez, e eles terem me mandado embora para sempre, mas me chamaram mais 2 vezes lá para falar sobre marketing, ou seja, estão interessados no assunto. E eu percebi uma coisa interessante na primeira vez em que eu fui, peguei uma carreteira, uma estrada para o interior, e ela estava cheia de cartazes de anúncios. Quando voltei pela segunda vez, já não havia anúncio nenhum. Perguntei para a pessoa que estava me levando o que havia acontecido com os cartazes, e ouvi como resposta: "o companheiro Fidel mandou sacar". Perguntei por quê? E a pessoa me disse: "porque o pessoal que ficava aqui, trabalhadores cortando cana, ficava vendo os anúncios e não podiam consumir, e aquilo era uma barbaridade, e ele me mandou tirar tudo". Ótimo. Faz sentido. Para o sistema dele, faz sentido. Ele acredita nisso.

Então, nós temos que ter coerência. Não podemos ser capitalistas no geral e comunistas no pontual; cristão no geral e muçulmanos no pontual; não podemos ser democráticos no geral e ditadores no pontual. É isso que eu acho que vale a pena discutirmos e avaliarmos.

Também me preocupa um pouco quando ouço dizerem "certos países". Este mundo é bastante vasto e há exemplo para tudo. A Suécia foi lembrada aqui como um exemplo, mas tem um dos maiores índices de suicídio do mundo, se não o maior. Será que a falta de propaganda ajuda ou prejudica isso? Eu não sei. Talvez os poucos suicídios no Brasil sejam provocados pela propaganda.

Então, o que fazemos para preservar as coisas aqui? Tiramos do ar um comercial em que se diz assim: "Eu tenho, você não tem" - com uma tesourinha do Mickey? Tiramos do ar, não pode. Tiramos do ar um comercial que mostra um camarada com um biscoito, e o biscoito cai da janela, e ele se joga para não perder o biscoito. Tiramos do ar, não pode.

1519
fw

Nós temos que compreender que há, sim, uma grande responsabilidade e um grande compromisso, porque os publicitários não são diferentes dos outros cidadãos. Também são pais, avós, irmãos, também têm compromisso com a formação de suas famílias. Então, essa demonização da publicidade me parece muito mais ideologizada que outra coisa.

Eu convido todos aqui para uma reflexão para que nós compreendamos até que ponto nossas boas intenções vão, muitas vezes, provocar conseqüências, nas inter-relações socioeconômicas. Vamos tirar a propaganda de brinquedo do ar? Vamos tirar a propaganda de alimento infantil do ar? Vamos tirar a propaganda de engorda do ar? Vamos vender menos. Vamos produzir menos. Vamos empregar menos. Claro. A intenção eu sei que não é essa, mas temos que ter noção da conseqüência.

Então, quanto mais restringirmos as ferramentas – que não foram por nós inventadas, mas que se desenvolveram, se aperfeiçoaram, se agigantaram e abocanharam os mercados ao longo do tempo –, mais vamos estar desalinhados com a evolução do próprio sistema que escolhemos. Agora, se a idéia aqui é usar esses recursos como bandeira para contestar um porção...

Eu ouvi aqui soluções para uma sociedade melhor no futuro. Eu fui chamado de pretensioso aqui, mas eu acho que pretensão é isso. O que é melhor para a sociedade? Eu não sei. Há tantas experiências no mundo, o meu pai, por exemplo, achava melhor para a sociedade ser comunista. Será que é melhor para a sociedade ser capitalista? Essa é uma discussão interessante. Agora, cada sociedade salvaguarda seus recursos para se manter e evoluir com eles.

Então, considero isso muito arriscado. Na condição de cidadão, independente, sem espírito corporativista, proponho que preservemos nossas instituições e os princípios que regem os nossos sistemas. Senão vamos cair no comportamento xilita, que não deve ser o espírito que rege sequer a iniciativa do nobre Deputado.

Deputada, a despeito das sutilezas, dos subterfúgios, dos recursos sutis a que se referiu V. Exa., que dizer – e já participei dos debates na ANVISA sobre publicidade de remédios, e vale aqui o argumento que usei lá – que a forma mais honesta e mais ética de se vender é por meio de propaganda, simplesmente porque a propaganda diz "eu sou propaganda", assume esse vestimenta, e é vista sob esse filtro, por mais criativa que seja.

Então, quando se exerce o poder para proibir a propaganda, certamente não se tem a pretensão de parar o mercado – o capitalismo está aí para

continuar girando, e vai desenvolver mecanismos para continuar vendendo, às vezes com risco maior, porque se inéditos esses mecanismos, não são sequer regulamentados. A propaganda, por ser explícita, por ser verdadeira esta historicamente sujeita a todo tipo de restrição.

92. Em suma, não se pode olvidar que, dentro do seio familiar, as crianças não estão sozinhas. Elas não decidem sua dieta alimentar sozinhas, elas não adquirem seus cereais matinais sozinhas. E não se pode retirar dos pais a decisão de como educá-las, de que valores oferecer-lhes, e do grau de isolamento que pretendem conferir. Porque uma verdade é inarredável, uma dia elas precisarão enfrentar o mundo como ele é, e talvez não seja a melhor alternativa apresentar esse mundo à criança de uma só vez, como quer o Ministério Público.

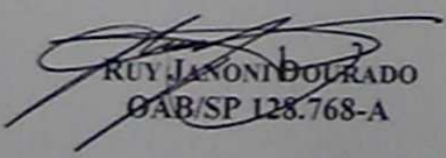
**-VI-
DO PEDIDO**

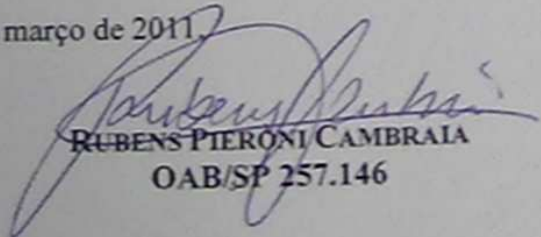
93. Por todo exposto, requer-se que seja negado provimento ao Recurso de Apelação, mantendo-se *in totum* a r. sentença apelada, quer pela inexistência de lei que proíba a publicidade ao público infantil, quer pela ausência de argumentos que consubstanciem o abuso mencionado pela Apelante.

94. Requer-se, ainda, a condenação do apelante pela litigância de má-fé, nos termos do art. 17, I, III e VII do CPC, bem como nos honorários de advogado e despesas processuais, nos termos do art. 18 da Lei 7.357/85.

Termos em que,
Pede deferimento.

São Paulo, 22 de março de 2011.


RUY JANONI DOURADO
OAB/SP 128.768-A


RUBENS PIERONI CAMBRAIA
OAB/SP 257.146