

#### Tribunal de Justica do Distrito Federal e dos Territórios

## 270851

Órgão: Quarta Turma CívelClasse: APC - Apelação CívelN. Processo: 2004011102028-0

**Apelantes** : Conspiração Filmes Entretenimento Ltda e outros **Apelado** : Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Relatora Desa. : Vera AndrighiRevisor Des. : George Lopes Leite


AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO MORAL COLETIVO. PROPAGANDA ILÍCITA. INDENIZAÇÃO.

- I O Ministério Público tem legitimidade e interesse processual para ajuizar ação civil pública na qual postula indenização por dano moral coletivo em face da exibição de propaganda pela mídia televisa.
- II A apelante é parte legítima para compor o pólo passivo, pois pertence ao mesmo grupo empresarial e sucedeu a empresa que emitiu a nota fiscal relativa à propaganda.
- III A petição inicial é apta, pois o inquérito civil não é documento obrigatório para instruí-la e a causa de pedir está devidamente declinada.
- IV A inversão do ônus da prova foi impugnada por meio do recurso próprio e julgado, portanto operada a preclusão.
- V Inexiste violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, se o fato que se pretendia provar é irrelevante para a resolução do mérito, a teor do disposto no art. 130 do CPC.
- VI A condenação em valor pecuniário a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos observou, estritamente, os limites da demanda proposta, portanto não há julgamento *extra petita*, tampouco violação ao art. 460 do CPC. VII Constatada a ilicitude da propaganda, impõe-se às rés a responsabilidade solidária de indenizar os danos morais coletivos dela decorrentes.
- VIII A condenação à veiculação da contrapropaganda improcede, tendo em vista o tempo decorrido e o advento da Lei 10.167/00. Nessa parte, providas as apelações.
- IX O dano moral coletivo ocorre quando a violação a direito metaindividual causa lesão extrapatrimonial, como a que decorre da propaganda ilícita, que lesiona a sociedade em seus valores coletivos.
- X A valoração da compensação à lesão coletiva deve observar as finalidades punitiva e preventiva, consideradas a repercussão lesiva da propaganda, o grau de culpa na sua produção e veiculação e os malefícios causados à população. Valor reduzido.
- XI Agravos retidos improvidos. Preliminares rejeitadas. Apelações parcialmente providas. Unânime.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

## **ACÓRDÃO**

Acordam os Desembargadores da Quarta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, VERA ANDRIGHI – Relatora, GEORGE LOPES LEITE – Revisor e MARIA BEATRIZ PARRILHA – Vogal, sob a presidência do Desembargador ESTEVAM MAIA, em CONHECER, REJEITAR AS PRELIMINARES, IMPROVER OS AGRAVOS RETIDOS, PROVER PARCIALMENTE AS APELAÇÕES, NOS TERMOS DO VOTO DA RELATORA, UNÂNIME, de acordo com a ata de julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 14 de março de 2007.

VERA ANDRIGHI Relatora

# 27085

#### Poder Judiciário



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

## = RELATÓRIO ====

Adoto em parte o relatório da r. sentença, in verbis:

"O MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS ajuizou ação civil pública contra a SOUZA CRUZ S/A, STANDART OGILVY & MATHER LTDA E CONSPIRAÇÃO FILMES ENTRETENIMENTO S/A. Afirma, em síntese, que as rés uniram-se para criar e veicular publicidade antijurídica de tabaco, denominada Artista Plástico II, que afetou direitos difusos. Assevera que o mencionado filme usa de mensagens subliminares e técnicas que visam ao atingimento de crianças e adolescentes, público que, nos termos que alega, é hipossuficiente diante da propaganda veiculada, dada sua falta de discernimento. Tal prática foi objeto do Inquérito Civil nº 2/2000, contudo a contrapropaganda não foi obtida amigavelmente, tendo-se o termo de ajustamento de conduta limitado a suspender a veiculação da publicidade. Aduz que o acordo implicou a transação sobre cerca de sete milhões de dólares americanos, o que demonstra o reconhecimento pelas rés da antijuridicidade da publicidade em questão.

Disserta acerca da questão dos malefícios oriundos do tabaco, mormente em crianças, e ressalta que esse vício é estimulado em pessoas dessa faixa etária mediante propaganda. Menciona que a ilicitude da propaganda decorre da sua veiculação em horário inadequado. Que a abusividade consiste na afronta aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, dado o seu discurso anti-social que apregoa a atitude de irresponsabilidade social, que fere o art. 221 da CF/88, desrespeitando valores éticos e sociais. Afirma existir afronta ao art. 37 do CODECON, pois abusa da inexperiência da criança. Argumenta ainda que foi ferido o princípio da identificação da mensagem publicitária, em decorrência do uso de estímulos subliminares. Ressalta também que a publicidade em referência fere o Estatuto dos Publicitários.

Argumenta, por fim, que, nos termos do art. 60 do CODECON o consumidor faz jus à contrapropaganda para diminuir os efeitos nocivos, que deverá ser feita às expensas do infrator. Ressalta também ser devida verba punitiva a título de indenização por danos morais difusos. Sustenta o cabimento da inversão do ônus da prova, dada a verossimilhança e a hipossuficiência.

A título de antecipação da tutela, pede seja determinada a veiculação de contrapropaganda às custas das rés, na qual conste que sua veiculação se dá por determinação judicial, fixando-se multa diária de R\$ 500.000,00 para o caso de

## Tribunal de Justica do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

descumprimento. Requereu a procedência do pedido para condenar as rés à veiculação de contrapropaganda anexa, elaborada pelo Ministério da Saúde, ou outra de melhor eficácia, às custas das rés, sob pena de astreintes a serem destinadas ao fundo criado pela Lei Federal 7.347/85; sucessivamente, requer a elaboração de contrapropaganda por outra agência que não trabalhe para empresa ligada à indústria do tabaco, correndo a veiculação às expensas das rés, sob pena de astreintes; alternativamente, pede a condenação das rés pelos danos causados aos interesses difusos, em valor equivalente ao gasto com a elaboração e a veiculação da publicidade mencionada, sendo o valor remetido ao fundo de direitos difusos (art. 13 da Lei 7.347/85). Pede, cumulativamente, a condenação solidária das rés em valor a ser arbitrado com o objetivo de coibir novas manifestações antijurídicas, remetendo-se o valor para o fundo mencionado ou, alternativamente, a condenação das rés a não mais elaborarem e/ou veicularem publicidades que se aproveitem da deficiência de julgamento e da inexperiência das crianças e que contenham mensagens que não possam ser conscientemente captadas, sob pena de astreintes. Pediu a citação das rés, a inversão do ônus da prova e, para o caso de condenação patrimonial, sendo insuficientes os patrimônios das empresas, a quebra da personalidade jurídica. Pediu também a expedição de edital. Instruiu com duas fitas de vídeo, contidas no anexo, e com os documentos de fls. 40/1005.

Em fls. 1007/1022 proferi decisão deferindo o pedido de antecipação de tutela e invertendo o ônus da prova, decisão que foi agravada pelas duas primeiras rés, tendo-se dado efeito suspensivo à decisão (fls. 1143/1147).

A primeira ré manifestou-se em fls. 1195/1199 pedindo fosse feita a requisição judicial do inquérito civil que deu origem à presente ação civil pública, argumentando que não pôde ter acesso à mesma em razão de restrição de sigilo imposta pelo Ministério Público. Assevera que tal medida fazia-se essencial à elaboração da defesa. Juntou os documentos de fls. 1201/1221.

Em fl. 1222 determinei que fosse dado aos interessados acesso irrestrito, inclusive cópias, dos autos do inquérito civil mencionado.

A ré Ogilvy Brasil Comunicações Ltda contestou (fls. 1258/1316). Suscita preliminarmente carência de ação, tendo em vista a inexistência de direitos e/ou interesses difusos, coletivos ou individuais coletivos, sendo incabível a ação coletiva, não havendo legitimidade ativa. Alega falta de interesse de agir quanto ao pedido de condenação em danos morais punitivos por ausência do binômio necessidade/utilidade, tendo o parquet dividido a pretensão reparatória material em contrapropaganda e pretensão reparatória de dano moral. Aduz ainda que o pedido mostra-se inócuo pois a veiculação de propaganda referente ao cigarro

# TIDFT

## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

nos meios de comunicação de massa foi proibida pela Lei 10167/2000. No mérito, argumenta que o objetivo da propaganda referida era o público adulto, entre 18 e 30 anos, com ênfase ao slogan da marca de cigarro. Assevera que havia disposição expressa para que as emissoras de TV somente levassem ao ar a referida publicidade após as vinte e duas horas, sendo essa imposição descumprida por culpa das emissoras em apenas duas ocasiões. Acrescenta que o laudo do Instituto de Criminalística e do IML nada constatou a respeito da utilização de mensagens subliminares, ressaltando que não foi utilizada nenhuma técnica que não fosse legalmente permitida, tendo o referido laudo concluído que as imagens contidas no filme possuem estímulos subliminares. Contudo, assevera que todas as imagens referidas no laudo são conscientemente percebidas pelo telespectador. Ressalta que após análise do filme e do laudo do IML, três renomados profissionais da área emitiram laudos no sentido de que na publicidade atacada não existem mensagens subliminares. Impugna os argumentos de que a propaganda em questão atinge valores sociais e éticos. Argumenta não ter havido violação das normas que regulamentam a publicidade. Assevera a inexistência de danos materiais e/ou morais a serem indenizados. Alega não caber a imposição de contrapropaganda por não ter havido ofensa aos ditames do CDC, não sendo abusiva a publicidade veiculada. Aduz não ser cabível a inversão do ônus da prova, tendo em vista que o Ministério Público não é hipossuficiente. Requereu a extinção do processo mediante o acolhimento das preliminares ou a improcedência dos pedidos. Juntou os documentos de fls. 1319/1435.

A ré Souza Cruz S/A contestou (fls. 1437/1486). Suscita preliminar de inépcia da petição inicial por não ter sido instruída com o inquérito civil a que está vinculada a demanda, o que prejudicou o direito à ampla defesa. Sustenta ainda que a inépcia da petição inicial reside na ausência de causa de pedir, pois os argumentos do autor são baseados em meras suposições. Ilegitimidade ativa, tendo em vista que a hipótese não se enquadra nas hipóteses de direitos e interesses difusos e coletivos e nem de direitos individuais homogêneos. No mérito, argumenta que o comercial não foi dirigido a adolescentes, sendo que o CONAR nunca recebeu nenhuma reclamação pelo mesmo. Acrescenta não haver nenhuma mensagem de irresponsabilidade social, retratando apenas o cotidiano de um artista plástico. Que o comercial foi veiculado no horário legalmente permitido, só havendo falha por duas vezes em razão de problemas operacionais da TV Record, tendo inclusive a ANVISA, mediante provocação do próprio Ministério Público, se manifestado sobre o evento no sentido de que não houve responsabilidade administrativa da Souza Cruz. Aduz que a peça publicitária não contém imagens que caracterizem a chamada publicidade subliminar, sendo que o laudo do Instituto de Criminalística não afirma existirem imagens que não podem ser conscientemente percebidas. Acrescenta ainda que, mesmo que houvesse



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

propaganda subliminar, não há qualquer vedação legal a tal prática. Afirma que os depoimentos colhidos no Inquérito Civil nº 2/2000 demonstram a inexistência de qualquer artifício ou ardil no comercial. Ressalta que os processos administrativos movidos contra si não foram concluídos. Aduz que a realização de contrapropaganda não foi objeto do termo de ajustamento de conduta. Que não houve nenhuma manifestação sobre o assunto por parte do CONAR. Pede o acolhimento das preliminares, com a extinção do processo ou, no mérito, a improcedência dos pedidos. Instruiu com os documentos de fls. 1481/1807.

A ré Conspiração Filmes Entretenimento Ltda contestou (fls. 1808/1842). Disserta a respeito da tempestividade defesa. Argumenta que as conclusões do Ministério Público foram contraditadas pelos pareceres dos especialistas lançados no inquérito civil, no sentido de que não houve na peça publicitária mensagem subliminar. Assevera que não foi comprovado no inquérito civil que a propaganda tenha sido elaborada com técnicas ilícitas ou que tenha induzido crianças e adolescentes ao consumo de cigarro. Suscita ilegitimidade passiva, pois é uma renomada produtora de filmes, não fazendo parte de suas atividades a produção de comerciais, e que não foi responsável pela produção do comercial em análise, mas sim a empresa Conspiração Filmes Ltda, pessoa jurídica diversa, conforme nota fiscal de serviços. Aduz que a peça publicitária foi elaborada com base no mesmo estilo dos comerciais da marca FREE e que foi voltada para o público adulto, sendo diferentes as técnicas de elaboração voltadas para o público jovem e infantil. Ressalta não ter sido comprovado que no referido comercial havia a chamada propaganda subliminar. Que o comercial foi veiculado no horário legalmente permitido, sendo que as poucas exceções ocorreram por falha da emissora. Que a contrapropaganda não é necessária, tendo em vista que o comercial foi transmitido há meia década, e o público não se recorda mais. Ressalta que não foi comprovada a existência dos danos morais pleiteados. Requereu o acolhimento das preliminares, com a extinção do processo ou a improcedência do pedido. Instruiu com os documentos de fls. 1843/2016.

A Conspiração Filmes Ltda apresentou defesa (fls. 2023/2045) nos mesmos termos da defesa apresentada pela Conspiração Filmes Entretenimento Ltda, ressaltando que esta última era sua denominação anterior.

O Ministério Público apresentou réplica em fls. 2047/2093. Juntou a documentação de fls. 2094/2212.

Em fls. 2214/2215 determinei fosse certificado sobre a tempestividade das contestações, tendo o ilustre Diretor de Secretaria ratificado a certidão de fl. 2022, no sentido de que as peças de defesa eram todas tempestivas.

# Tribunal de Ju

70851

#### Poder Judiciário



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

Dessa decisão foram opostos embargos de declaração pela Ogilvy Brasil Comunicação Ltda (fls. 2221/2229), os quais decidi em fl. 2231. A ré Souza Cruz S/A também interpôs agravo retido (fls. 2238/2243) e a ré Conspiração Filmes Entretenimento Ltda interpôs agravo de instrumento (fls. 2244/2259). (...)." (fls. 2975/80)

Acresço que a r. sentença julgou procedentes os pedidos nos seguintes termos:

"JULGO PROCEDENTES OS PEDIDOS, tudo para determinar às rés que promovam a veiculação da contrapropaganda elaborada pelo Ministério da Saúde e que se encontra por fita VHS nos autos, às custas das rés solidariamente, nas mesmas emissoras, na mesma freqüência, nos mesmos horários e pelo mesmo tempo que veicularam a publicidade "Artista Plástico II", fazendo-se constar tratar-se de contrapropaganda judicialmente ordenada, devendo observar as rés solidárias a alternância de todos os quadros publicitários do Ministério da Saúde constantes da fita que integra os autos sem repeti-los, antes de passá-los na sequência da fita de forma que a contrapropaganda seja clara e a mensagem integralmente passada para o público, aplicando-se o § 20 do art. 30 C, da Lei 9294/96, incluído por força a Lei 10702 de 14/07/03, ou seja, que o intervalo mínimo seja de 15 minutos e que cada contrapropaganda conste as advertências estabelecidas na norma ora mencionada. Para o caso de descumprimento da presente ordem judicial, fixo a incidência de astreinte no valor de R\$ 2.000.000,00 por dia de inadimplência até que efetivamente a contrapropaganda seja exaurida. Desde já, estabeleço que a incidência da astreintes será revertida e cobrada pelo autor da ação em proveito do fundo de que trata o art. 13 da Lei 7347/85. Nesse mesmo ato, condeno as rés solidariamente ao pagamento de indenização pelos danos morais difusos decorrentes da propaganda em questão, no valor de R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), a ser corrigida monetariamente e acrescida de juros de mora a contar da presente data, que será revertida em favor do fundo de que trata o art. 13 da Lei 7347/85. Custas pelas rés. Sem honorários." (fls. 2993/4)

Conspiração Filmes Entretenimento Ltda interpôs apelação (fls. 3005/64), na qual reprisa sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois a empresa que produziu o comercial foi a Conspiração Filmes Ltda, a qual não compôs o pólo passivo da ação, tendo personalidades jurídicas diversas. Além disso, diz não ser o caso de aplicação da teoria da desconsideração da



# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

personalidade jurídica, porque inexistentes as hipóteses do art. 50 do CC/02.

Pede, preliminarmente, a apreciação do agravo retido (fls. 2244/59) que interpôs da r. decisão que indeferiu a produção de prova pericial, a qual reputa imprescindível para o deslinde da matéria litigiosa, especialmente quanto à campanha publicitária não conter mensagens subliminares e de não se dirigir ao público infantil e infanto-juvenil. Ademais, o MM. Juiz inverteu o ônus da prova sob a "absurda alegação" de hipossuficiência do Ministério Público. Alega violação aos arts. 333 e 397, 400, 420 do CPC, além do art. 5º, inc.LV, da CF.

Aduz que a propaganda não é dirigida ao público infantil e adolescente, porque "nem o ator principal, nem os personagens, nem a música, nem os recursos visuais utilizados são apropriados para chamar a atenção de menores de idade" (fl. 3030). Assim, a propaganda não era capaz de induzi-los a fumar, visto que não se identificam com ela.

Diz que a propaganda não é antiética e não incita a um comportamento irresponsável e inconsequente, apenas demonstra a independência de um artista plástico, o seu estilo arrojado e os riscos que está disposto a correr na vida.

Afirma que a r. sentença acolheu parecer do IML, o qual não é especialista em propaganda, apresentando um laudo "distorcido e leigo", sem "respaldo científico", e considerou inidôneos os laudos e pareceres apresentados por profissionais gabaritados na área de publicidade e psiquiatria forense, Sr. Ivan S. Pinto e Drs. Talvane Marins de Moraes e Luiz Eduardo da Costa Dummond, respectivamente.

Diz que, conforme estudos atuais e pareceres já referenciados, é inverídica a assertiva de que as mensagens subliminares



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

tenham o poder de persuasão, de induzir a pessoa a consumir determinado produto. Mesmo que assim não fosse, inexiste mensagem subliminar no comercial em exame.

Informa que "o estilo videoclipe e os recursos de imagens e manchas constantes da obra publicitária também foram analisados pelos profissionais que, a pedido da ré Souza Cruz, elaboraram laudos sobre o anúncio. E os experts esclareceram que nada há de ilícito ou abusivo nesses recursos, freqüentemente utilizados em filmes e anúncios da atualidade" (fl. 3057).

Aduz que a Lei 9.294/96, art. 3º, permitia a propaganda de cigarros das 21h às 6h e somente seis vezes foi veiculada antes do horário, após às 19h, na Rede Record, por culpa reconhecida dela, apenas em duas cidades, Fortaleza e Campos dos Goytacazes, quando era exibido o Jornal, programa que não é atrativo para adolescentes e crianças.

Assevera que a propaganda não era enganosa ou abusiva, tampouco afrontou valores éticos, sociais e de família, e não explorou a inexperiência do público infanto-juvenil. Portanto, diz que a contrapropaganda é indevida, além de ser medida inócua e sem utilidade.

Diz ser abusivo o valor fixado a título de indenização pelo dano moral, pois não subsiste o caráter pedagógico, tendo em vista que a Lei 10.167/00 proibiu a propaganda de cigarros na televisão.

Sustenta a necessidade de redução da indenização e da multa, sob pena de enriquecimento sem causa e em obediência ao princípio da razoabilidade.

Pondera que inexiste prova do dano moral e do ato ilícito,



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



270851

APC Nº 2004011102028-0

visto que a propaganda foi veiculada em horário restrito, dirigida a adultos e conforme as exigências legais.

Afirma que a condenação ao pagamento de indenização e de veiculação da contrapropaganda configura *bis in idem*, além do que a multa fixada é excessiva e viola o princípio da razoabilidade.

Pede o acolhimento do agravo retido para anular a r. sentença e determinar a remessa dos autos ao Primeiro Grau para realização de prova pericial e oral; se não for esse o entendimento, postula pelo provimento do recurso para acolher a preliminar de ilegitimidade passiva, com a extinção do processo, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC; e, se rejeitada, pede o provimento do recurso para reformar integralmente a r. sentença.

Preparo (fl. 3065).

A Souza Cruz S/A interpôs apelação (fls. 3066/3108), na qual postula inicialmente pelo conhecimento do agravo retido (fls. 2238/43) da r. decisão que indeferiu a prova, considerou inidôneos os laudos e não oportunizou a dilação probatória, com violação aos arts. 125, inc. I, 330, inc. I, 400 e 420 do CPC. Suscita inépcia da petição inicial porque não veio acompanhada do Inquérito Civil, "umbilicalmente" ligado à ação civil pública, sendo incabível a emenda depois de apresentadas as contestações. Afirma violação aos arts. 283, 284 e 295 do CPC, arts. 5º, incs. LIV e LV, e 129, inc. III, da CF e art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85.

Suscita também a inépcia da inicial por ausência de causa de pedir, pois a mera possibilidade de a propaganda ter gerado dano constitui suposição, portanto não pode ser considerada como tal. Ainda, a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, pois não há direito passível de ser tutelado por ele, inexistindo fundamentação na petição inicial quanto a se tratar de interesse difuso, arts. "92, inc. IX" (fl. 3075), 127 e 129 da Constituição



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Federal.

No mérito, assevera que os *experts* cujos laudos foram considerados inidôneos são reconhecidamente gabaritados no meio profissional e no Poder Judiciário, no qual atuam como peritos. Além disso, a doutrina que citam, ao contrário do asseverado na r. sentença, é acessível, inclusive na internet.

Diz que o comercial é dirigido à faixa etária de 18 a 30 anos, "público alvo" dos cigarros Free. Além disso, foi elaborado com técnica publicitária, e o depoimento prestado pelo jovem, um artista plástico, representa sua vida cotidiana normal, comum à sua idade e à sua profissão.

Quanto à propaganda fora do horário, afirma que somente foi veiculada em horário anterior ao estabelecido em lei por seis vezes na Record, por culpa dessa, apenas em duas cidades do Brasil.

Assevera que a mensagem subliminar não tem o poder de persuasão que aduz o autor, além do que não foi utilizada na propaganda.

Impugna as conclusões da r. sentença de que a propaganda seja capaz de incutir um comportamento inconsequente e incite ao uso do cigarro, ou associe o ato de fumar ao sucesso.

Afirma que a r. sentença utilizou os depoimentos do Inquérito Civil, os quais não foram confirmados em Juízo, impossibilitando às partes inquirir as testemunhas, preservar a imparcialidade da prova, além do que houve distorção do que foi dito, caracterizando cerceamento de defesa, art. 400 do CPC. Ademais, tais depoimentos permitem concluir pela inexistência de qualquer artifício ou ardil que maculasse a propaganda em exame, "nitidamente antitabagista".



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Diz que o art. 220, § 3°, inc. II e § 4°, da CF não poderia ser fundamento da r. sentença, pois constitui norma não auto-aplicável. Ademais, os arts. 1° e 3°, § 1°, incs. I e II, da Lei 9.294/96 não se referem à propaganda em exame.

Sustenta ser incabível a contrapropaganda, porque não há necessidade nem adequação da sua veiculação diante do advento da Lei 10.167/00, do decurso do tempo, bem como porque inexiste afronta aos arts. 37, §§ 1º e 2º, 56, inc. XII, e 60 do CDC a justificá-la, visto que não se trata de publicidade abusiva ou enganosa.

Assevera que as pessoas não decidem comprar determinado produto única e exclusivamente em razão da publicidade do fabricante, e não há dano, mas mera hipótese de ocorrência.

Defende, ainda, a exorbitância dos valores da condenação e da multa fixados, os quais violam o princípio da razoabilidade.

Pede seja provido o agravo retido para anular a r. sentença por cerceamento de defesa; reconhecer a inépcia da inicial e a ilegitimidade ativa; ou, se não for esse o entendimento, reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos.

Preparo (fl. 3109).

Ogilvy Brasil Comunicação Ltda interpôs apelação (fls. 3116/3169), na qual postula o conhecimento do agravo retido (fls. 2221/0) que interpôs da r. decisão que indeferiu a produção da prova técnica. Suscita a preliminar de nulidade da r. sentença por ofensa aos princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, art. 5º, incs. LIV e LV, da CF, e por ser *extra petita*, visto que o Ministério Público fez pedido indenizatório



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

consistente em verba punitiva (punitive demages) e a r. sentença, concluindo que "não havia pedido certo e determinado" (fl. 3133), condenou as rés ao pagamento de indenização pecuniária a ser vertida ao fundo previsto no art. 13 da Lei 7.347/85, em afronta ao disposto no art. 460 do CPC. Suscita, ainda, a preliminar de ilegitimidade do Ministério Público, pois não há direito difuso, mas individual e disponível, e ausência de interesse processual, "consubstanciada na falta de necessidade de obter indenização por dano moral (punitive damages), eis que a Ogilvy não poderia voltar a produzir qualquer publicidade de produto fumígero, dada a proibição ventilada pelo artigo 3-A da Lei nº 10.167/2000" (fl. 3123).

Afirma que a propaganda destina-se ao público jovem, e não a crianças e adolescentes. A idéia era retratar a vida real de um jovem artista plástico, tanto que o comercial foi protagonizado por um, e não por modelo ou ator, portanto não tinha caráter de propaganda enganosa. Diz que o intento era transmitir um perfil independente e ousado, não de irresponsabilidade social.

Reprisa que a propaganda foi veiculada no horário legalmente previsto, todavia, por erro da emissora Record, houve a transmissão em horário indevido apenas por seis vezes e em duas cidades do país.

Assevera que não há conclusão científica sobre os efeitos da mensagem subliminar, e a teoria sobre tais mensagens, criada por James Vicary, "caiu em total descrédito", e apenas é utilizada "por um ou outro estudioso". Ademais, os pareceres que apresentou foram considerados inidôneos, mas foram elaborados por profissionais de renome na psiquiatria, Drs. Talvane Marins de Moraes, Luiz Eduardo de Castro Dummond e Jorge Adelino Rodrigues da Silva (fl. 3161), todos concludentes quanto à ausência de mensagem subliminar.

Impugna as conclusões da r. sentença (estímulos que



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

incitam crianças e adolescentes ao hábito do consumo do tabaco, propaganda antiética e contrária aos valores de proteção à família, além de ser abusiva, art. 60, § 2º, do CDC), bem assim os laudos oficiais elaborados pela Polícia Civil.

Defende ser incabível a contrapropaganda, porque desnecessária e inócua; causa efeito inverso ao lembrar da publicidade de cigarro na televisão, prática proibida pela Lei 10.167/00; e a propaganda foi lícita, além do que já se passaram mais de seis anos da sua veiculação.

Diz ser exorbitante o valor da indenização, além do que não há prova do nexo causal e do dano, mas apenas possibilidade da ocorrência desse último.

Aduz que não há previsão legal para que a prevenção dos danos morais coletivos deva ser feita por meio de condenação pecuniária, como verba punitiva, com fundamento no princípio da compensação e da punição, por violação ao princípio da reserva legal, art. 5º, inc. II, da CF.

Pede seja conhecido e provido o agravo retido para anular a r. sentença e realizar a dilação probatória, bem como por ser *extra petita* quanto à condenação indenizatória; ou, se não for esse o entendimento, para reformar a r. sentença e julgar improcedentes os pedidos.

Preparo (fl. 3170).

O MPDFT ofereceu contra-razões (fls. 4007/53) nas quais postula pelo improvimento dos recursos e juntou documentos (fls. 4055/117).

O recebimento das apelações ocorreu no duplo efeito, em face dos agravos de instrumento interpostos pelas rés (fl. 4164).

A Exma. Procuradora de Justiça, Dr. Helena Cristina



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Mendonça Mafra, oficiou em seu r. parecer (fls. 4174/217) pelo conhecimento e improvimento das apelações.

É o relatório.

Acrescento que, além da distribuição prévia dos memoriais apresentados por todos os apelantes, **o i. Senhor Advogado Pedro Alberto Faria** fez sustentação oral pela ré Conspiração Filmes Entretenimento S/A, ressaltando a ilegitimidade passiva com os mesmos argumentos das razões de apelação.

Pela ré Ogilvy Brasil Comunicação Ltda fez sustentação oral o Senhor Advogado Marco Antônio da Costa Sabino que, além dos fundamentos recursais deduzidos, ressaltou o cerceamento de defesa quanto à necessidade de produção de prova técnica.

Em sustenção oral, pela ré Souza Cruz S/A falou o i. Senhor Advogado Eduardo Ferrão, que levantou a seguinte questão de ordem, ipsis litteris:

"Senhor Presidente, antes de usar da palavra na sustentação oral, peço vênia para suscitar questão de ordem com a única e exclusiva preocupação de ver preservada a higidez formal desta sessão de julgamento.

Constatei, há pouco, que se encontra inscrito a falar, pelo apelado, o eminente e culto Promotor de Justiça, que subscreve a inicial da ação civil pública.

A Lei Complementar nº 75, que trata do Ministério Público da União, no capítulo pertinente ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, dispõe que a atribuição dos procuradores de justiça é atuar junto ao Tribunal de Justiça, e a atribuição dos promotores de justiça é atuar perante as varas cíveis e criminais. Admite a lei, em situações excepcionais, que algum órgão de 1º Grau do Ministério Público atue perante o Tribunal, mediante designação do Procurador-Geral, com prévia autorização do Conselho Superior do Ministério Público.

Embora possamos ter muito prazer em ouvir o Dr. Promotor em sua sustentação,



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

trago essa questão de ordem, até mesmo porque a 2ª Câmara Cível deste Tribunal, no julgamento da Ação Rescisória nº 2001.00.2.003671-3, acolhendo o voto do eminente Desembargador Cruz Macedo, entendeu que o Ministério Público de 1º Grau não teria legitimidade para atuar junto ao Tribunal de Justiça.

Esta é a questão de ordem suscitada com a única preocupação de preservar a higidez do julgamento."

**O Senhor Desembargador Estevam Maia**, Presidente da eg. Turma, pronunciou-se sobre a questão de ordem levantada, *in verbis*:

"A representante do Ministério Público está passando às minhas mãos uma portaria do Procurador-Geral.

'O Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no uso das atribuições conferidas pela Lei Complementar n.º 73/93 resolve:

Designar o Promotor de Justiça Guilherme Fernandes Neto para oficiar perante a 4.ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no julgamento da Apelação Cível n.º 2004.01.1.102028-0, a realizar-se no dia 14 de março de 2007, sem prejuízo da designação constante da Portaria n.º 470, de 23 de junho de 1997.' Assinado: Leonardo Azeredo Bandarra, Procurador-Geral de Justiça."

Pedindo a palavra, **o Senhor Advogado Eduardo Ferrão**, manifestou-se nos seguintes termos, *ipsis litteris*:

"Se V. Ex.ª me permite, com a devida vênia, segundo decidiu a 2.ª Câmara Cível deste Tribunal, não se trata de uma questão *interna corporis* do Ministério Público, porque diz respeito à validade do ato praticado na sessão de julgamento.

A Lei Orgânica Complementar n.º 75 dispõe, expressamente, que essa designação depende, necessariamente, de uma autorização do Conselho Superior do Ministério Público."

Pedindo a palavra, **a Senhora Desembargadora Vera Andrighi** pronunciou-se a respeito da impugnação feita pelo i. Advogado Eduardo Ferrão:

Senhor Presidente, como Relatora, peço a palavra a Vossa Excelência.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Desculpe-me o ilustre advogado por interrompê-lo, mas como Sua Excelência já fez a sustentação necessária sobre o tema e a ilustre Procuradora já se manifestou, prossigo com o julgamento e me manifesto pelo indeferimento da questão de ordem, pois o i. Promotor oficia mediante Portaria, conforme noticiou a i. Procuradora de Justiça.

## O Senhor Desembargador Estevam Maia proferiu a r.

### decisão transcrita abaixo:

"Fica registrado que se manifestou a eminente Relatora pela rejeição da questão de ordem suscitada pelo ilustre advogado.

De fato, nos termos do art. 166, inc. XIV, da Lei Complementar  $\rm n.^{\circ}$  75, diz-se que:

'Art. 166. Compete ao Conselho Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

(...)

XIV - autorizar a designação, em caráter excepcional, de membros do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, para exercício de atribuições processuais perante juízos, tribunais ou ofícios diferentes dos estabelecidos para cada categoria'.

Esse dispositivo está em testilha com um outro, que é o art. 159 da mesma Lei Complementar, que, ao estabelecer a competência do Procurador-Geral, diz que a ele compete, no inc. XIII, letra 'c':

'Art. 159. Incumbe ao Procurador-Geral de Justiça, como Chefe do Ministério Público:

(...)

XIII - designar membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios para:

(...)

c) assegurar a continuidade dos serviços, em caso de vacância, afastamento temporário, ausência, impedimento ou suspeição do titular, na inexistência ou falta do substituto designado'.

Tendo em conta esse conflito de normas, e para assegurar a prestação jurisdicional, entendo por indeferir a questão de ordem. Do contrário, ainda com base nesse confronto de disposições, ficaria a parte sem o direito de fazer a sustentação.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

De modo que, indefiro a questão de ordem e V. Ex.ª tem a palavra para continuar a sustentação."

**O Senhor Advogado Eduardo Ferrão** continuou a fazer sua sustentação quanto ao mérito, ressaltando a improcedência de todas as pretensões deduzidas pelo Ministério Público do Distrito Federal, tudo conforme suas razões recursais.

Por fim, designado para oficiar perante esta Corte, sustentou oralmente o i. **Senhor Promotor de Justiça Guilherme Fernandes Neto**, ressaltando todos os fundamentos jurídicos que embasaram a ação civil pública.



## A Senhora Desembargadora Vera Andrighi - Relatora

Senhor Presidente, antes de iniciar o meu voto, esclareço que reputo de grande importância a exibição da referida propaganda nesta assentada. Portanto, se ultrapassadas as inúmeras preliminares, desde logo requeiro a V. Ex.ª, Senhor Presidente, para ser exibida a propaganda, se adentrarmos no mérito.

Conheço das três apelações interpostas pelas rés porque presentes os pressupostos de admissibilidade e passo ao exame em conjunto.

Passo ao exame das preliminares e dos agravos retidos, cujas questões serão examinadas na ordem lógica para o processo.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

## <u>Ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público</u>

O Ministério Público ajuizou a presente ação civil pública em face da propaganda intitulada "Artista Plástico II", exibida na mídia televisiva no período de agosto a dezembro de 2000, a qual teria causado "dano a interesses difusos, de âmbito nacional, tendo a publicidade afetado público infanto-juvenil de todo o país" (fl. 2437).

O CDC, art. 81, parágrafo único, inc. I, conceitua os interesses ou direito difusos "para os efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato".

Portanto, conforme a conceituação do CDC, tem-se o interesse difuso quando ele se refere a número indeterminado de pessoas que não estão ligadas por relação jurídica comum, mas por circunstância de fato. A veiculação de propaganda atinge número infindável de pessoas, indistintamente, nos mais diversos pontos do país, visto que a televisão é um meio de comunicação de massa, o que gera, portanto, interesse de natureza difusa, e não individual e disponível.

A propósito, como exemplo do interesse difuso, Kazuo Watanabe cita justamente "a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através da imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação-base" (in Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, 6ª ed., p. 720).

Ainda, nesse mesmo sentido, o comentário de Fernando Gherardini Santos: "como a publicidade sempre gera uma relação jurídica difusa ou coletiva, por ser uma atividade promocional veiculada por um meio de



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

comunicação de massa, os danos a serem evitados sempre terão a característica de difusos ou coletivos" (apud Revista do Direito do Consumidor nº 52, Ed. RT, fls. 192/3).

Portanto, manifesta a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, nos termos dos arts. 82, inc. I, do CDC; art. 5º da Lei 7.347/85 e arts. 127 e 129, inc. III, da CF.

Rejeito a preliminar.

## <u>Interesse processual do Ministério Público</u>

O advento da Lei 10.167, vigente a partir de 27/12/00, que proibiu a veiculação de propaganda de cigarros na televisão, não implica ausência de interesse processual, pois, se constatada a ilicitude da publicidade, veiculada no período de agosto a dezembro/2000, um dos efeitos daí decorrentes é o dever de indenização pelos danos morais coletivos causados.

Além disso, a proibição legal não acarreta presunção absoluta de obediência aos seus preceitos, conforme constou da r. sentença "embora a propaganda de cigarro esteja legalmente proibida nos meios de comunicação, nada obsta que as rés possam repetir ofensa da mesma natureza, caso em que a reparação aqui fixada terá o objetivo de reprimir essa conduta" (fl. 2.993).

Rejeito a preliminar.

## O Senhor Desembargador George Lopes Leite – Revisor

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.





## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Há três apelações e três agravos retidos interpostos por CONSPIRAÇÃO FILMES ENTRETENIMENTO LTDA, SOUZA CRUZ S.A. e OGILVY BRASIL COMUNICAÇÃO LTDA. visando reformar a sentença que julgou procedente ação civil pública ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Cumpre analisá-las em conjunto, destacando as preliminares pela ordem crescente de prejudicialidade em relação ao mérito, englobando as teses defensivas no que elas têm em comum.

Não há ilegitimidade do Ministério Público para propor a ação, pois a Constituição Federal, no art. 129, II, assim como o art. 5° da Lei da Ação Civil Pública (Lei n° 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 82), garantem expressamente quando se trata de investigar danos a interesses coletivos e na propositura das ações com estes relacionados.

## Confira-se a lição da doutrina:

"Diversamente no Brasil, porém, hoje a Constituição e as leis erigem a intervenção do Ministério Público como essencial à prestação jurisdicional do Estado, e lhe conferem a defesa do regime democrático e a tutela de direitos indisponíveis do indivíduo e da coletividade, bem como do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Seu mister desenvolve-se tanto na esfera extrajudicial como na judicial". 1

Essa questão foi exaustivamente examinada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sendo firmado o seguinte entendimento:

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA.

1. É cediço na Corte que o Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006, p. 293.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

configurado interesse social relevante (Precedentes).

- 2. In casu, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital.
- 3. Isto por que a nova ordem constitucional erigiu um autêntico 'concurso de ações' entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.
- 4. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos.
- 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, não há mais lugar para o veto da legitimatio ad causam do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança coletivo.
- 6. Em conseqüência, legitima-se o *Parquet* a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).
- 7. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.
- 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226 / RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491 /SC; Rel Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000.
- 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais.
- 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria.
- 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna





# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.

12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido."<sup>2</sup>

Assim, fortalecido nas lições da doutrina e da jurisprudência, cujos fundamentos endosso, reafirmo a legitimidade ativa do Ministério para a causa e afasto esta preliminar.

## A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Senhor Presidente, tive a oportunidade de estudar as questões debatidas nos autos. Recebi memoriais das empresas, do Ministério Público, e ouvi atentamente os doutores advogados e o membro do Ministério Público, da tribuna e, agora, com as razões e fundamentos trazidos pela eminente Relatora e pelo eminente Revisor, sinto-me apta a proferir julgamento nesta sessão, apesar da complexidade da causa.

Tenho que a preliminar de ilegitimidade ativa do Ministério Público merece rejeição porque visível é a sua legitimidade na defesa de interesses de natureza difusa. E a amplitude de destinatário de uma propaganda veiculada pela televisão não pode ser vista como interesse individual disponível. Portanto, é visível tratar-se de defesa de interesse coletivo.

Assim, igualmente à eminente Relatora, rejeito a preliminar.

## A Senhora Desembargadora Vera Andrighi - Relatora

<u>Ilegitimidade passiva ad causam da Conspiração Filmes</u> Entretenimento Ltda

23

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup>Resp 637332 RR. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 13.12.2004.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

A r. sentença rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva nos seguintes termos (fl. 2982):

"A ré Conspiração Filmes Entretenimento Ltda suscitou preliminar de ilegitimidade passiva, alegando que a responsável pela produção do comercial objeto da presente ação civil pública foi a empresa Conspiração Filmes Ltda. Esta última, porém, apresentou contestação na qual mencionou o fato de que Conspiração Filmes Entretenimento Ltda. era sua denominação anterior, o que demonstra a identidade de pessoas jurídicas, as quais pertencem ao mesmo grupo empresarial, superada, nestes termos, a alegação de ilegitimidade passiva."

Para decidir esta preliminar, com a licença da Exma. Procuradora de Justiça, Dra. Helena Cristina Mendonça Mafra, adoto seus fundamentos, *in verbis*:

"Suscita a recorrente Conspiração Filmes Entretenimento Ltda preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, aduzindo que não faz publicidade, mas cinema, e que a responsável pela produção do comercial questionado é a empresa Conspiração Filmes Ltda.

Verifica-se, todavia, da documentação acostada aos autos que as duas empresas se confundem, pois utilizam como nome fantasia Conspiração Filmes, possuem o mesmo endereço, a mesma composição acionária e os serviços por elas prestados guardam identidade (fls. 1.843, 1.859, 1.874, 2.110, 2.114, 2.116/2.117 e 2.126).

Observe-se de fl. 1.843, inclusive, que, em 2004 – ou seja, 4 (quatro) anos após a veiculação da propaganda questionada – a empresa Conspiração Filmes Entretenimento S/A, criadora da publicidade e indicada pelo Ministério Público como ré na inicial da ação civil pública, foi transformada em sociedade por quotas, passando a funcionar sob a denominação de Conspiração Filmes Entretenimento Ltda. Figuram como únicos sócios da nova empresa a Icatu Holdin S/A (com 0,001% do capital societário) e a Conspiração Ltda (com 99,999%).

Assim, como bem concluiu a douta Promotoria de Justiça, trata-se, na verdade, de uma única empresa, com completa confusão patrimonial e administrativa, impondo-se, a teor do art. 28 do CDC, a desconsideração da personalidade jurídica e a manutenção da recorrente Conspiração no pólo passivo da demanda." (fls. 4.188/9)



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Detalhando o que sustenta a Exma. Procuradora da Justiça, verifica-se nos documentos que a nota fiscal (fl.1846) pela prestação de serviço foi emitida por Conspiração Filmes Comunicação Ltda, em 27/06/00. Em 30/12/02 (fl.1849), a Conspiração S/A ratificou a deliberação referente à incorporação do patrimônio da Conspiração Filmes Comunicação Ltda (quem recebeu pelo serviço) e da Conspiração Digital Ltda. Em 22/12/03, a Conspiração S/A foi transformada em sociedade limitada com o nome de Conspiração Filmes Ltda. Em 13/05/04 (fl.1843), composta pelos mesmos sócios das anteriores e com a Icatu Holding SA e Conspiração Ltda, formaram a nova empresa. Por sua vez, a Conspiração Filmes Ltda possui os mesmos sócios da Conspiração Filmes Entretenimento SA, que foi transformada em Conspiração Filmes Ltda.

A contestação não veio acompanhada da documentação completa sobre as várias empresas do grupo e suas transformações e incorporações depois de junho de 2000, quando foi realizada a propaganda. Mas dos documentos juntados não há dúvida de que a empresa que emitiu a nota fiscal Conspiração Filmes Comunicação Ltda não mais existe e foi incorporada por Conspiração SA, que também já foi transformada em Conspiração Ltda e que junto com Icatu Holding SA criaram a Conspiração Entretenimento Ltda.

Assim, a empresa Conspiração Filmes Entretenimento Ltda é parte legítima para responder a ação civil pública, pois além de pertencer ao grupo econômico, sucedeu aquela que emitiu a nota fiscal relativa à prestação de serviço da propaganda.

Ademais, de acordo com o art. 28, § 5º, do CDC, o qual se aplica ao caso concreto, a pessoa jurídica poderá sempre ser desconsiderada quando, de alguma forma, sua personalidade jurídica estiver sendo obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



270851

APC Nº 2004011102028-0

Convém ressaltar que a ré Conspiração Filmes Entretenimento Ltda, em face da desconsideração da personalidade, não sofreu cerceamento de defesa e exerceu todos os atos inerentes ao devido processo legal.

Em conclusão, seja por força da sucessão, seja porque a ré pertence ao grupo empresarial composto de várias empresas com os mesmos sócios, ou, seja pelo disposto no art. 28, § 5°, do CDC, a legitimidade passiva está demonstrada.

Rejeito a preliminar.

## O Senhor Desembargador George Lopes Leite - Revisor

Sustenta a primeira apelante, Conspiração Filmes Entretenimento Ltda., sua ilegitimidade para responder à demanda, uma vez que não teria participado da elaboração do comercial questionado, cuja responsabilidade foi exclusiva da empresa Conspiração Filmes Ltda., de personalidade jurídica distinta.

A priori, assinalo que a ilegitimidade ad causam significa a pertinência subjetiva dos interesses pretendidos na demanda. Neste caso, há prova de que ambas as empresas são do mesmo grupo econômico, mostrando o documento de folha 1.843 que a Conspiração Filmes Ltda. é a maior acionista da Conspiração Entretenimento Ltda., estando ambas sediadas no mesmo local, qual seja, Praia de Botafogo, nº 228, 18º andar, Ala "A".

Assim, é extreme de dúvidas que as empresas devem ser responsabilizadas pelo comercial irregular objeto da demanda, uma vez que uma é emanação da outra, estando ligadas umbilicalmente pelo mesmo interesse em relação à causa.

A propósito, transcrevo a jurisprudência, que, mutatis



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

mutandis, analisa questão semelhante:

"AÇÃO DECLARATÓRIA. NULIDADE DE CLÁUSULA. DÉBITO AUTOMÁTICO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PESSOA JURÍDICA DISTINTA DO BRB.

1. Foi a ré, por maioria, considerada como legítima para figurar no pólo passivo, ao fundamento de que as duas pessoas jurídicas, BRB Crédito, Financiamento, Investimento S.A. e Banco de Brasília S.A., fazem parte do mesmo grupo econômico e que o banco é quem, efetivamente, procedeu aos descontos, resta rejeitada a preliminar de carência da ação por ilegitimidade passiva ad causam..."<sup>3</sup>

"CIVIL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. BRB. LEGITIMIDADE PASSIVA. MESMO GRUPO ECONÔMICO. AGRAVO PROVIDO.

- 1) Não há como negar que as duas pessoas jurídicas indicadas pelo autor BRB Crédito, Financiamento e Investimento S.A. e BRB Banco de Brasília S.A. fazem parte do mesmo grupo econômico, interligados de tal forma que utilizam a mesma sede, o mesmo pessoal e o mesmo sistema operacional, tanto que foi em uma das agências do Banco de Brasília que o agravante assinou os contratos de crédito.
- 2) recurso conhecido. Agravo provido."4

Rejeito, pois, a preliminar argüida.

## A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Acompanho a eminente Relatora.

## A Senhora Desembargadora Vera Andrighi - Relatora

Inépcia da petição inicial – ausência do inquérito civil, ausência de causa de pedir e de fundamento quanto à existência de interesse difuso a ser tutelado

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> TJDFT, 1ª Turma Cível, rel. Des. Maria Beatriz Parrilha, reg. Ac. N. 149279, DJU de 06.03.2002, pág.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup>AGI 20030020049465/DF, Relator Des. Hermenegildo Gonçalves, 1ª Turma Cível, Acórdão 180497, DJU: 12/11/2003.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

O inquérito civil, apesar de produzido na ação civil pública em exame, não é peça obrigatória para instruir a petição inicial, tratando-se de procedimento investigatório, sem contraditório e facultativo, colocado à disposição do Ministério Público, conforme o art. 8°, § 1°, da Lei 7.347/85:

"(...) o "Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias (...)".

## Na lição de Hugo Nigro Mazilli:

"A instauração do inquérito civil sequer é pressuposto processual para que o Ministério Público compareça em Juízo: o inquérito pode ser dispensado se já existirem elementos necessários para propor a ação. Recomenda-se, porém, seja desde logo instaurado ao iniciar-se uma investigação, para evitar-se o mau vezo de apurarem-se fatos de relevância, sem método ou continuidade, e sem controle algum." (*in* A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, Ed. Saraiva, 16ª ed., p. 371, grifo nosso)

Portanto, além de o inquérito não ser documento indispensável para a propositura da ação, no caso em exame, o MM. Juiz decidiu (fls. 1222) que o Inquérito Civil nº. 02/2000 ficaria na Secretaria do Juízo por 30 dias para que as partes pudessem consultá-lo e tirar cópias dos documentos que o instruem e, posteriormente, os respectivos autos deveriam ser remetidos ao Ministério Público, nomeado depositário fiel.

Dessa forma, não há violação aos arts. 283, 284 e 295 do CPC, arts. 5º, incs. LIV e LV, e 129, inc. III, da CF e art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85.

Quanto à alegação de inépcia da inicial por ausência de causa de pedir, ela é totalmente descabida, pois a petição inicial é expressa em



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

sustentar a ilicitude da propaganda em exame, com a ocorrência de dano moral à coletividade, porque veiculada em horário não permitido pela Lei 9.294/96; por ter afrontado valores éticos e sociais da pessoa humana e da família, com a conotação de um comportamento inconseqüente e irresponsável de um jovem; por ter abusado da inexperiência do público infantil, visto que veiculada em horário inadequado, estimulando o experimento e uso do cigarro; por afrontar o princípio da identificação da mensagem, art. 36 do CDC e art. 220, § 3º, inc. II, da CF; por afrontar o Estatuto dos Publicitários, Lei 4.680/65 e o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.

Portanto, devidamente delineada a causa de pedir, ressaltando-se que a existência ou não de dano é matéria de mérito, e não requisito da petição inicial, art. 282, inc. III, do CPC.

No que pertine à alegação de falta de fundamentação na petição inicial quanto à configuração de interesse difuso, tal argumento também não prospera, bastando que sejam vistos, a exemplo, os itens 19 e 26 da referida peça processual. Assim, também não se cogita de violação ao art. 93, inc. IX, da CF.

Rejeito a preliminar.

## O Senhor Desembargador George Lopes Leite – Revisor

A inépcia da petição inicial, argüida pela segunda apelante (Souza Cruz), foi alegada em dois momentos diferentes: no agravo retido repristinado nas razões recursais, quando sustentou que isso decorreria de não estar anexado o inquérito civil; posteriormente, acrescentou a inexistência da causa de pedir próxima, uma vez que o dano alegado é apenas suposto.

Nenhum dos argumentos procede: há nos autos todas as



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

peças necessárias do Inquérito Civil para instruir o pedido e seus fundamentos justificadores. Outrossim, está bem definida a causa de pedir próxima e remota, que é a veiculação de publicidade com sedutoras mensagens subliminares dirigidas aos jovens, visando induzi-los e incitá-los ao consumo de cigarros, hábito potencialmente lesivo à comunidade como um todo devido aos seus efeitos deletérios à saúde das pessoas. Além disso, foi alegado que a peça publicitária continha um discurso socialmente irresponsável, violador dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, máxime por ter sido transmitido em horários não permitidos.

Vale salientar que, no fundo, os alegados defeitos se referem à prova do que foi alegado, matéria que constitui o próprio mérito da demanda. Como tal será melhor apreciada e complementada mais adiante.

Rejeito, pois, esta preliminar.

## A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Com a eminente Relatora.

## A Senhora Desembargadora Vera Andrighi – Relatora

Nulidade do processo – inversão do ônus da prova

Quanto à decisão que inverteu o ônus da prova (fls. 1007/22), as rés interpuseram agravos de instrumento, todos de minha Relatoria, nºs 0-8886/4 (Souza Cruz), 0-8883/8 (Ogilvy) e 0-377/2 (Conspiração Filmes), sendo que neste último, a matéria destacada foi expressamente apreciada, *in verbis*:

"Por fim, no que diz respeito à inversão dos ônus da prova, irretocável a r. decisão. Dispõe o art. 38 do Código de Defesa do Consumidor:

'O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

publicitária cabe a quem as patrocina.'

Sobre esse dispositivo, destaque-se comentário feito pelos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, na sua 6ª ed., pág. 304:

'[1] A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NA PUBLICIDADE – O dispositivo refere-se ao princípio da inversão do ônus da prova que informa a matéria publicitária. A inversão aqui prevista, ao contrário daquela fixada no art. 6º, VIII, não está na esfera de discricionariedade do juiz. É obrigatória. Refere-se a dois aspectos da publicidade: a veracidade e a correção. A veracidade tem a ver com a prova de adequação ao princípio da veracidade. A correção, diversamente, abrange, a um só tempo, os princípios da não-abusividade, da identificação da mensagem publicitária e da transparência da fundamentação publicitária.

[2] A FONTE DO DISPOSITIVO – O dispositivo tem suas raízes no texto original que resultou na Diretiva nº 84/450, da CEE. Lá estava dito que, 'sempre que o anunciante fizer uma afirmação factual, o ônus da prova de que sua informação é correta fica a seu encargo' (art. 6º) (grifos nossos).'

Diante da determinação legal expressa, a inversão dos ônus da prova se impõe, nesse caso."

Considerando que o acórdão proferido nos agravos transitou em julgado, rejeito a preliminar, eis que se operou a preclusão quanto à questão.

Agravos retidos da r. decisão (fls. 2214/5) – nulidade do processo por violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal

Conheço dos agravos retidos porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Todas as três rés interpuseram agravo retido da r. decisão (fls. 2214/5) que indeferiu a produção da prova pericial, sob o fundamento de que "a documentação posta apresenta imparcialidade e aptidão para o julgamento do feito quanto ao mérito".



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Com a prova pericial, as apelantes-rés objetivam demonstrar que a campanha publicitária não contém mensagens subliminares, nem se direcionou ao público infantil e infanto-juvenil.

Segundo os fundamentos expostos na inicial, os fatos que alicerçam a alegação de ilicitude da propaganda são: a veiculação em horário proibido; abusividade da publicidade porque afronta valores éticos e sociais, da pessoa e da família; proveito em face da inexperiência da criança; violação à função social da publicidade, ao princípio da identificação da propaganda, ao Código de Auto-Regulamentação Publicitária e ao Código de Ética dos Publicitários.

Conforme se observa, a pretensão de ilicitude da propaganda está baseada em diversos fundamentos. No entanto, a menção de ilicitude da mensagem subliminar não constou como fundamento do pedido, havendo apenas referência ao tema.

Portanto, a eventual persuasão subliminar não foi causa de pedir, por isso verificar se há ou não mensagem subliminar na propaganda é irrelevante para a solução da lide, pois a alegada ilicitude da propaganda foi postulada com outros fundamentos. Registre-se, ainda, que não há previsão expressa no ordenamento jurídico sobre a persuasão subliminar e sua existência ou não é controvertida sob o ponto de vista científico.

Assim, desnecessária a produção da prova pericial para aferir se a propaganda tem ou não mensagem subliminar.

Note-se, além disso, que a r. sentença adotou a mensagem subliminar apenas como mais um fundamento para concluir pela ilicitude da propaganda, bastando que se veja o seu teor, na qual se baseia nos demais



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

argumentos consistentes na violação aos dispositivos da Constituição Federal, do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, do CDC e da Lei 9.294/96.

Por fim, a constatação se a propaganda atinge ou não o público infantil pode ser feita pelos demais elementos constantes dos autos, sendo a prova pericial desnecessária também para esse fim.

Em conclusão, os autos da presente ação civil pública foram instruídos com vastíssima prova documental, que permite, com segurança, conhecer da matéria litigiosa, a fim de decidi-la. Ademais, o art. 130 do CPC dispõe que caberá ao juiz tanto determinar a produção das provas necessárias como indeferir "as diligências inúteis ou meramente protelatórias."

Registro que essa conclusão não é contraditória à alusão feita por esta Relatora no julgamento do AGI 8886-4 sobre a necessidade da produção de provas. A avaliação, no início do processo, referiu-se ao exame da antecipação da tutela, e restou alterada em razão da instrução documental que acompanha as apelações.

Ainda sobre a nulidade do processo relacionada à dilação probatória, as rés aduzem que os pareceres produzidos por profissionais renomados nas áreas de publicidade e de psiquiatria foram considerados "inidôneos", contudo o laudo produzido pelo IML (fls. 120/8), elaborado por profissional sem a qualificação para tal mister, foi adotado como fundamento para decidir.

Ocorre que, diferentemente do aduzido pelas rés, o laudo apresentado pelo IML, órgão oficial, pertencente à Polícia Civil do Distrito Federal, foi elaborado por psicólogos do seu quadro, os quais procederam à análise da publicidade do cigarro Free, portanto com toda a isenção e qualificação técnica necessárias.



# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

De outro turno, sem olvidar o preparo técnico dos profissionais pareceristas, o certo é que foram contratados pelas rés com o intuito de defender os seus interesses, em abono de suas teses, por isso os respectivos laudos não foram adotados pelo MM. Juiz prolator da r. sentença, Dr. Robson Barbosa de Azevedo, que assim se manifestou sobre tal questão:

"Ressalte-se ainda que os pareceres trazidos pelas rés e também constantes do inquérito civil foram elaborados sob encomenda destas, sendo aqueles especialistas remunerados pelas rés. Desse modo, não se podem contrapor ao laudo do IML com a mesma força probante, visto que este último foi elaborado por profissionais isentos e imparciais, devendo sobrepor-se àqueles laudos a conclusão do IML, mesmo porque, ainda que embasados em bibliografia que asseguram existir, resta evidenciado que suas conclusões não têm base científica, consistindo em verdadeiras opiniões pessoais". (fls. 2991/2)

Ademais, como já ressaltado, o Juiz é livre na apreciação da prova, não havendo qualquer impertinência na adoção do laudo produzido por órgão oficial e imparcial, em detrimento dos pareceres apresentados pelas rés, que, apesar de produzidos por profissionais de gabarito, altamente qualificados, foram encomendados por estas. A conclusão acima exposta também não sofre alteração pelo argumento de que a doutrina constante dos pareceres não é encontrável, pelo simples fato de que nem os pareceres nem a aludida doutrina foram considerados para a resolução da lide.

Dessa forma, o indeferimento da produção das provas pericial, oral e o julgamento antecipado não constituíram cerceamento de defesa, tampouco violaram os princípios do contraditório e do devido processo legal, visto que realmente desnecessárias para a resolução do mérito, inexistindo violação aos arts. 125, inc. I, 330, inc. I, 333, 397, 400, 420 do CPC e art. 5º, incs. LIV e LV, da CF.

Nego provimento aos agravos retidos.



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

<u>Nulidade do processo – cerceamento de defesa –</u> depoimentos no inquérito civil não repetidos em Juízo

Eis o teor da r. sentença ao se reportar aos depoimentos prestados no inquérito civil, *in verbis:* 

"Ademais, as declarações apresentadas como documentos 10 a 13 [fls. 164/72] da inicial confirmam que a idéia de veracidade e credibilidade era o propósito da propaganda e que as ordens foram cumpridas dentro da estória criada para o personagem, revelando que o vice-presidente da Standard sequer tem idéia das reações e estímulos causados pela publicidade e o personagem da publicidade foi criado pela agência Standard.

Ainda na análise dos documentos apresentados na fase inquisitiva e na companhia de advogados, o Sr. Pedro de Almeida Magalhães Guimarães revelou que "o filme retrata a alma livre de um jovem artista, que escolhe viver sua aventura pessoal e acreditar naquilo que faz". Tudo isso caracteriza um estímulo ou atração para que outros jovens sigam a mesma conduta e iniciem-se no vício da nicotina pelo consumo do cigarro objeto da propaganda. Esse argumento foi utilizado pelas rés como principal fundamento da defesa, tendo-se enfatizado que a peça publicitária visava explorar a verdade."

O inquérito civil serve como meio de prova. Como já dito anteriormente, é procedimento investigatório, administrativo, não contraditório e informal. Portanto, o fato de a r. sentença mencionar os depoimentos nele prestados também para fundamentá-la, sem haver a confirmação deles em Juízo, não constitui cerceamento de defesa, especialmente porque não há previsão legal para tanto. Também não se constata que houve "distorção" pela r. sentença dos depoimentos prestados no inquérito civil, e, de igual forma, não houve violação ao art. 400 do CPC.

Rejeito a preliminar.

O Senhor Desembargador George Lopes Leite - Revisor



## Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Senhor Presidente, antes de passar à leitura do meu voto, permita-me, primeiramente, render uma homenagem pessoal aos ilustres Advogados, cujo senso de responsabilidade e dever com a causa me impressionaram. Além de terem, em várias oportunidades, levado seus memoriais aos nossos gabinetes, indiscutivelmente, da tribuna, fizeram certamente jus às honras que se prestam à nobre classe.

Gostaria também de ressaltar que considero o Professor Talvane de Moraes um dos meus amigos pessoais. Eu o enalteço, relatando, inclusive, que o Professor Talvane foi um dos conferencistas por mim convidados no 1º Congresso Nacional da Execução Penal, que se realizou em Brasília, em 1997, e reafirmo a minha admiração e o meu apreço pelo ilustre Professor, cujo parecer li com muita atenção, justamente em homenagem a uma velha amizade.

Também é importante ressaltar a menção ao ilustre filósofo Michel Foucault quando fala das palavras, dos seus significados. Poderíamos também citar Haberman, por sua persuasão racional. Nada justifica mais o Direito do que a sua fundamentação.

Feita essa introdução, passo ao voto.

O cerceamento de defesa foi alegado por todas as três apelantes e será analisado em bloco.

Sustentam, basicamente, que a rejeição da prova pericial e da oitiva de especialistas da área de publicidade, indispensáveis para demonstrar a licitude da propaganda impugnada, cerceou-lhes o direito de defesa, aduzindo que os laudos apresentados pelo Ministério Público não podiam prevalecer como prova sem ofensa ao contraditório.

Ocorre que os citados laudos periciais foram elaborados por



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

psicólogos e outros peritos do Instituto de Medicina Legal – IML e do Instituto de Criminalística do Distrito Federal, conforme se vê às folhas 101/117 e 119/128. Foram, assim, produzidos por especialistas a serviço de órgãos públicos de natureza eminentemente técnica, os quais, devido ao notório conhecimento científico, capacidade e neutralidade, têm fornecido ao longo do tempo valiosos subsídios ao Poder Judiciário local no esclarecimento necessário à resolução de lides criminais ou cíveis.

A simples leitura dessas peças permite constatar a validade de suas conclusões, sustentadas em argumentos técnicos irrespondíveis. Aliás, a nocividade da propaganda questionada foi objeto de exaustiva análise crítica pelos renomados especialistas que subsidiaram a defesa das apelantes, sendo seus fundamentos devidamente considerados na avaliação do conjunto probatório. Vale dizer: os argumentos pró e contra de todos os especialistas, oficiais e privados, foram devidamente sopesados e medidos na apreciação do Juiz.

Desse modo, a produção de novos laudos periciais, bem como os depoimentos dos seus subscritores, revela-se absolutamente desnecessária ao deslinde da causa. Serviria apenas para procrastiná-la, postergando desnecessariamente a sua solução.

#### Colhe-se, a propósito, a jurisprudência pertinente:

"PERÍCIA. INSTITUTO DE CRIMINALÍSTICA. COMPETÊNCIA TÉCNICA. O Instituto de Criminalística do Distrito Federal, em razão de seu quadro de profissionais de reconhecida capacidade técnica, tem, em princípio, a competência técnica para realizar perícias nas áreas de sua atuação. Cabe ao Juiz, no momento da apreciação da prova, à vista dos demais elementos dos autos, conferir ao resultado da perícia a validade que seu conteúdo merecer. A subordinação administrativa do Instituto de Criminalística ao Governo do Distrito Federal não invalida seus trabalhos técnicos, e muito menos o torna suspeito, até porque



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

suspeição se atribui a pessoas, não a órgãos".5

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. SEGURO OBRIGATÓRIO. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. LAUDO DO IML. INFORMAÇÕES SUFICIENTES. RECURSO IMPROVIDO.

I - o laudo pericial acostado aos autos é suficientemente esclarecedor quanto à gravidade das lesões sofridas, ao afirmar que o autor foi "vítima de acidente automobilístico com seqüela neurológica permanente (paraplegia)", apresentando "incapacidade permanente para deambular".

II - vastamente comprovadas nos autos a ocorrência do sinistro e a lesão suportada pelo autor, incide no pertinente à produção de prova pericial a norma inserta no art. 420, parágrafo único, inciso II, do CPC.

III - recurso conhecido e improvido."6.

É Importante ainda, ressaltar, mais uma vez, que o Juiz facultou às rés examinarem e copiarem as peças do Inquérito Civil de folhas 1.222 a 1223. Além disso, elas puderam juntar livremente – e o fizeram efetivamente – outros laudos periciais elaborados por profissionais habilitados (fls. 1375/1392; 1501/1517; 1518/1537; 1538/1559; 1611/1631 e 1632/1683), que contestaram as alegadas mensagens subliminares na propaganda. E foi sopesando todos os argumentos escandidos pelas partes que a sentença concluiu pela inconveniência e nocividade da peça publicitária objeto da ação.

Portanto, a desnecessidade de produção de prova pericial está respaldada no parágrafo único, Inciso II, do art. 420 do Código de Processo Civil, que afirma; "O juiz indeferirá a perícia quando for desnecessária em vista de outras provas produzidas. O art. 130 do mesmo diploma legal também respalda a decisão adotada nestes autos, quando diz textualmente caber ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou

<sup>5</sup>AGI 603196 DF, Relator Des. Jose Hilário de Vasconcelos, 1ª Turma Cível, Acórdão 83531, DJU: 17/04/1996.

<sup>6</sup>APC 2003.01.1.0678570/DF, Relator Des. Nívio Gonçalves, 1ª Turma Cível, Acórdão 199175, DJU: 30/09/2004.





#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

meramente protelatórias".

Nesse mesmo sentido, proclama a jurisprudência:

"Depoimento pessoal indeferido. Cabe ao juiz da matéria decidir sobre a necessidade da produção de provas (CPC 130, 401), podendo ser a decisão revista em recurso especial quando, independentemente do exame da matéria de fato, ficar evidenciada a violação a princípio legal sobre prova, ou dissídio. Na espécie, a ré pretendia a oitiva do depoimento da autora para esclarecimento de fato considerado irrelevante para o julgamento da causa".<sup>7</sup>

Assim, afasto o alegado cerceamento de defesa, por entender que o indeferimento de novas perícias e a oitiva dos seus subscritores, sendo desnecessário à solução do litígio, não causou nenhum prejuízo aos apelantes.

#### A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Senhor Presidente, acompanho a eminente Relatora também rejeitando a preliminar, mesmo porque, em seu fundamento, S. Ex.a. esclareceu que na causa de pedir não se fala em ilicitude da propaganda em razão de mensagem subliminar.

Assim, também rejeito a preliminar e nego provimento aos agravos retidos, ante a não-necessidade de prova pericial requerida.

#### A Senhora Desembargador Vera Andrighi - Relatora

Nulidade da r. sentença – julgamento extra petita

Alegam as apelantes que houve julgamento extra petita

39

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup>STJ, 4<sup>a</sup> t. Resp 90435, Rel. Min. Ruy Rosado, DJU de 26/08/1996.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

quanto à condenação ao pagamento do dano moral, quando o pedido formulado se refere a *punitive demages*.

Ensina o mestre Hugo Nigro Mazilli que "da divulgação da propaganda enganosa (...) surge o direito a impedir-se sua continuidade, bem como a obter a contrapropaganda e danos morais (CDC, arts. 6°, VI, 30 e s. 60 e 83)" (in A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo, ed. RT, 6ªed., p. 101).

O Ministério Público postula indenização pela veiculação da propaganda invocando o instituto do *punitive demages* adotado pelo sistema legal norte-americano, bem como danos morais difusos. A r. sentença proferiu condenação sem fazer menção à teoria alienígena, adotando o instituto do dano moral coletivo, o que não caracteriza julgamento *extra petita*, pois o juiz atuou dentro dos limites do pedido, fundamentando sua convicção na doutrina pátria. Isso porque a indenização devida em face de propaganda enganosa ou abusiva tem o nítido caráter de desestímulo da conduta ilícita, visando dissuadir o agente da prática da reincidência. Ainda, como os danos decorrentes de tal propaganda são indivisíveis, porque difusos, a indenização fixada não será destinada aos consumidores individuados, mas revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto no art. 13 da Lei 7.347/85.

Note-se que, mesmo sob o enfoque do desestímulo da conduta ou de punição, a indenização deverá ser fixada em quantia certa, ainda que não estimada na petição inicial, e revertida ao Fundo acima referido.

Portanto, a condenação em valor pecuniário determinado, imposta na r. sentença, decorrente da propaganda questionada, a ser revertida ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, está estritamente dentro dos limites da demanda proposta, não se cogitando de ofensa ao art. 460 do CPC.

Ainda sobre a nulidade, a apelante Souza Cruz assevera que os dispositivos constitucionais utilizados pela r. sentença não são auto-



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

aplicáveis. Entretanto, equivoca-se a apelante, pois os §§ 3º, inc. II, e 4º do art. 220 da CF estão devidamente regulamentados por leis infraconstitucionais, a exemplo da Lei 9.294/96, hoje alterada pelas Leis 10.167/00 e 10.702/03.

Rejeito a preliminar.

#### O Senhor Desembargador George Lopes Leite - Revisor

A terceira apelante, Ogilvy do Brasil, suscitou outra questão preliminar, afirmando que a sentença teria extrapolado os limites do pedido inicial. O argumento não pode ser acolhido, pois, lendo-se a peça vestibular com a devida atenção, percebe-se com clareza que a decisão judicial guarda inteira sintonia com os termos da petição inicial do Ministério Público, não se cogitando de ofensa ao art. 460, do Código de Processo Civil.

Rejeito, pois, todas as preliminares suscitadas.

#### A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Com a Relatora.

#### A Senhora Desembargadora Vera Andrighi - Relatora

Rejeitadas as preliminares e improvidos os agravos retidos, passamos ao exame de mérito, observados os tópicos das razões recursais.

Antes, porém, solicito à equipe técnica que seja exibida a publicidade em exame, cuja duração é de apenas alguns segundos, conforme consta da fita magnética que está anexada aos autos.

Exibida a publicidade passo ao exame do mérito.

Abusividade da publicidade por afronta aos valores éticos e



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

#### sociais da pessoa e da família

A propaganda impugnada sobre o cigarro de marca Free, intitulada "Artista Plástico II", veiculada de agosto a dezembro de 2000, tem música instrumental, com imagens sobrepostas do protagonista e de outras pessoas fumando. O trabalho observou o estilo de videoclipe, com 45 segundos de duração e possui o seguinte texto, conforme se vê da fita magnética que acompanha os autos:

"Meu nome é Daniel Zanage. Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas.

Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz.

Eu não vou passar pela vida sem um arranhão.

Eu vou deixar a minha marca."

A propaganda desde logo se revela enganosa e abusiva, a teor do que prescreve o art. 37 do texto consumerista, *in verbis:* 

"Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º. <u>É enganosa</u> qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, <u>capaz de induzir em erro o consumidor</u> a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

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

Dispõem também os arts. 1º, 23 e 28 do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária:



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

"Art. 1º. Todo anúncio deve ser respeitador e conformar-se às leis do país; deve, ainda, ser honesto e verdadeiro."

"Art. 23. Os anúncios devem ser realizados de forma a não abusar da confiança do consumidor, não explorar sua falta de experiência ou de conhecimento e não se beneficiar de sua credulidade."

"Art. 28. O anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou seu meio de veiculação."

Ainda, prevê o art. 20 do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda (CEPP), com força normativa diante da previsão do art. 17 da Lei 4.680/65:

"Art. 20. A propaganda é sempre ostensiva. A mistificação e o engodo que, escondendo a propaganda, decepcionam ou confundem o público, são expressamente repudiados pelos profissionais da propaganda."

Assim, cotejando a personalidade egocentrada da personagem da publicidade, que decide se realizar deixando sua marca, sem se preocupar se age certo ou errado, se arranha ou sai arranhado, é evidente que a propaganda viola o disposto no art. 221, inc. IV, da CF:

"Art. 221. A produção e programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família."

# Horário proibido e proveito em face da inexperiência da

#### <u>criança</u>

Outro ponto destacado pelas rés é o fato de que a propaganda foi exibida nos horários permitidos pela Lei 9.292/96, art. 3º (com redação anterior à Lei 10.167/00), ou seja, das 21h às 6h, exceto em seis oportunidades, pela Rede Record, mas apenas em duas cidades do país, e com o reconhecimento da falha por esta emissora.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Todavia, tal circunstância não exime a responsabilidade das rés, porque também deveriam velar pela veiculação da propaganda no horário apropriado, especialmente pelo teor da sua mensagem, estimulando ao experimento e uso do cigarro.

Além disso, apesar do horário de veiculação estipulado até o advento da Lei 10.167/01, quando tais propagandas foram proibidas na televisão, é público e notório que, na atualidade, crianças e adolescentes assistem aos programas veiculados neste meio de comunicação até muito mais tarde do que tal horário.

Ou seja, o que se esperava, na verdade, é que a propaganda não contivesse o caráter abusivo e ilícito no seu conteúdo, independente da hora que seria transmitida. Contudo, é óbvio que quanto mais cedo o horário de exibição, maior seria o número de crianças e adolescentes que assistiriam a ela.

Também não impressiona o argumento de que as vezes em que foi veiculado no horário inadequado, era transmitido o Jornal da Record. A uma, pois a propaganda poderia ser assistida por quem não estivesse acompanhando a programação da emissora, mas apenas mudando de canal. A duas, porque não há qualquer elemento para se comprovar a ausência de interesse de um adolescente por um jornal, pela mídia televisiva, notadamente nos dias de hoje, que a formação cultural é globalizada e cada vez mais cedo.

As rés, conforme consta do relatório, aduzem que a propaganda não tem mensagem subliminar; não se dirige ao público infantil e infanto-juvenil; tampouco incita comportamento irresponsável ou inconsequente, ou fere princípios sociais, morais e de proteção à família, apenas demonstra o modo de vida arrojado de um jovem artista plástico, condizente com sua profissão e idade, disposto a correr riscos, cujo protagonista é de fato



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

um artista plástico, e não um ator ou modelo, para conferir maior veracidade à propaganda.

Esses argumentos que as rés sustentam para se defender, a nosso ver servem melhor para confirmar os fundamentos da petição inicial. Então, um jovem profissional na área artística (atinge milhares de aspirantes sonhadores com tal profissão elitizada) tem arrojo e personalidade forte a ponto de deixar sua marca na história, a despeito do que lhe custe ou custe para terceiros. Todo esse sucesso, fica claro nas imagens da publicidade, ele consegue porque fuma cigarro Free ou porque artistas plásticos com esse sucesso, obviamente, fumam cigarros Free.

Não precisamos divagar muito para concluir que o texto e as imagens atingem a formação da personalidade de crianças, adolescentes e de jovens que estão passando por suas fases de crescimento com as mazelas típicas de suas idades. Quanto à propaganda atingir crianças e adolescentes, bem como o fato de transmitir uma mensagem de irresponsabilidade e inconseqüência aos telespectadores, eis o que consta do laudo pericial, *in verbis*:

"O monólogo que consta na fita ora analisada, é pronunciado por pessoa do sexo masculino e passa a idéia de um jovem multifacetário, do ponto de vista intelecto-profissional.

Algumas frases possuem uma entonação incisiva e algo irresponsável, na medida em que o interlocutor deixa clara sua vontade de agir impulsivamente, diante de conflitos: 'Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz.' Parece não haver também preocupação com as conseqüências de sua decisão: 'Eu não vou passar pela vida sem nem um arranhão.' Há também sinais de uma postura individualista e com conotação de status e poder: 'Eu vou deixar a minha marca.'

O comportamento e a linguagem utilizada pelo protagonista da publicidade atinge em cheio as dificuldades vivenciadas por pré-adolescentes e adolescentes e, considerando este aspecto, são grandes as chances de haver um processo de

# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

identificação entre o público pertencente às referidas faixas etárias e o padrão verbal e comportamental utilizado no monólogo, o que associado a outras variáveis pode compor um quadro facilitador de acessão ao produto veiculado, especialmente para o público alvo citado acima.

Para melhor ilustrar as características inerentes as referidas etapas de desenvolvimento e compará-las ao monólogo, citamos Erik Erikson, estudioso em desenvolvimento psicossocial, que bem definiu o comportamento de crianças e adolescentes.

Segundo estudos em psicologia do desenvolvimento inicia-se, já a partir da idade escolar, um progressivo afastamento do núcleo familiar. Aparecerem, a partir de então, comportamentos que confrontam-se com as regras de proteção impostas pelos adultos, mais especificamente os pais. Esta característica surge não só com o progressivo afastamento de casa, mas também com o exercício de valores morais e da realidade.

A oposição manifesta pela criança é portanto um exercício de estabilização de seus valores ou de seus traços iniciais de identidade. Entendemos assim, que inicia-se nesta fase de desenvolvimento uma maior vulnerabilidade quanto a absorção de novos estímulos externos. O indivíduo se torna mais aberto a formação de novos grupos, a identificação com novos padrões comportamentais e quanto maior for a desestruturação de etapas anteriores no âmbito sócio-familiar, maior é a influência do meio da formação da personalidade da criança.

O adolescente, por sua vez, dentro do processo de configuração da identidade passará por crises no sentido de efetuar escolhas dentro do mundo. É o momento de definir as identidades sexual, profissional e ideológica. Como período de organização final das aquisições, a adolescência atualiza e reflete todas as crises e dificuldades presentes no processo de desenvolvimento. Trata-se de um momento ambíguo, de aquisições e perdas e cuja identidade dominante e positiva do ego deve ser estabelecida. É comum nesta fase, o jovem identificar-se com heróis, líderes de grupos, a ponto de parecerem perder sua própria identidade. Raramente eles se identificam com os próprios pais, ao contrário, rebelam-se contra o domínio deles e o seu sistema de valores. Paralelamente entretanto há uma necessidade de pertencer a um grupo que o ajude a encontrar sua própria identidade em um contexto social.

Pelo conteúdo relatado acima, percebe-se que a verbalização utilizada na publicidade, tem efeito especial junto a crianças e adolescentes, considerando as dificuldades próprias destas fases e a possibilidade de identificação com a linguagem e o comportamento utilizado pelo protagonista da mesma." (fls. 123/4)



# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Portanto, não restam dúvidas de que o teor da propaganda transmite conduta de um jovem com posturas inconseqüente e irresponsável perante a vida, o que, por certo, tem o poder de influenciar não só as pessoas de mesma faixa etária, mas que não tenham formação emocional e psicológica solidificadas, ou pior, atingindo crianças e adolescentes ainda com todas essas nuances comportamentais em evolução, os quais, certamente, necessitam de exemplos edificantes para sua formação, e não aquele transmitido pela propaganda, inclusive incitando-os ao hábito de fumar, visto que associa tal prática ao sucesso e ao bem-estar, art. 3º, § 1º, incs. I e II, da Lei 9.294/96.

Quanto à força persuasiva e influência da propaganda de cigarros em relação a crianças e a adolescentes, incitando-os ao hábito de fumar, oportuno transcrever os seguintes ensinamentos doutrinários extraídos do artigo "*Publicidade Abusiva*", de Rosangela Amatrudo, *in* Revista de Direito do Consumidor nº. 52, Ed. RT, fls. 216/8:

"(...) a publicidade possui um forte índice de persuasão entre os consumidores, persuasão esta, que pode certamente levá-lo a se comportar de forma prejudicial ou perigosa.

Um grande exemplo que durante anos passou por inúmeros debates e resistências até mesmo pelos consumidores em aceitar que o consumo de produtos fumígeros, assim como os cigarros, são conclusivamente capazes de causar sérios danos aos consumidores.

.....

De acordo com Luciano Delfino: 'o fato de a publicidade de cigarro fazer apologia de um produto o qual acarreta danos à saúde, traduz seu caráter abusivo. O discurso utilizado em tais publicidades seque um contra-senso de associar o cigarro a atividades de lazer incomuns, esportes radicais, sucesso profissional, glamour, juventude, prazer e saúde. Associação essa que soma como uma justificativa para se utilizar o cigarro. As pessoas acabam iludidas, aderindo-se ao tabagismo e, posteriormente tornando-se dependentes do produto.

Foi justamente pensando neste mal, que em todo o País foi proibida a veiculação



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

de anúncios publicitários de cigarros. Tornando-se ainda obrigatório a circulação de mensagens e imagens de advertência no verso dos produtos tais como: 'Ministério da Saúde adverte, fumar faz mal à saúde; 'fumar durante a gravidez pode prejudicar o bebê', dentre outras.

Agora algumas propagandas de enfoque informativo a população infanto-juvenil de 13 a 19 anos de idade, vêem sendo veiculadas em todos os veículos de comunicação como rádio, televisão e outdoors, pelo Ministério da Saúde com o slogan: 'fique esperto! O cigarro usa a TV o cinema e a moda para te viciar.'

De acordo com o Ministério da Saúde: 'a campanha deste ano é dirigida aos jovens por serem eles o alvo preferencial da indústria do tabaco. O merchandising em cinema, TV e moda é um verdadeiro filão para conquistar cada vez mais fumantes, atraídos pela associação do cigarro ao sucesso profissional, à saúde e ao prazer. Segundo pesquisa do Instituto Nacional do Câncer o (Inca), 90% dos fumantes começa a fumar na adolescência.

.....

Assim segundo Lucio Delfino: 'quando se fala em infância, logo vêm à mente termos como ingenuidade e simplicidade. A criança, logicamente, é mais propensa de ser induzida em erro, visto que possui deficiência de julgamento em razão das carências de informações e experiência. O adolescente, de igual forma, também está inclinado à persuasão. As mudanças corporais e psicológicas são características cientificamente constatadas na adolescência; a necessidade de auto-afirmar-se é enorme, e o cigarro funciona para eles, em virtude, principalmente dos efeitos negativos da publicidade veiculada há tempos na mídia, como ponte milagrosa para dia adulta.'

Após o advento da Lei 10.167/2000, as empresas de cigarros buscam outras formas de exporem seus produtos aos novos consumidores do mercado, quais sejam, crianças e adolescentes." (grifos nossos)

Ainda, conforme parecer elaborado pelo INCA (Instituto Nacional de Câncer)/Ministério da Saúde (fl. 208):

"De acordo com estudos feitos por – UK Departament of Health (1992), os mecanismos pelos quais a propaganda de produtos do tabaco determina o aumento de consumo são os seguintes:

- induzindo crianças e adolescentes a experimentarem cigarros, se tornando assim, dependentes e usuários habituais;
- encorajando adultos a começarem a fumar;



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

- encorajando fumantes existentes a fumar mais;
- reduzindo a motivação de fumantes a deixarem de fumar e;
- encorajando ex-fumantes a voltarem a fumar."

Diante de todos esses argumentos, é manifesta a violação de preceitos concebidos pela própria classe publicitária no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP), cujo principal objetivo é regular as normas éticas a serem observadas à publicidade comercial, pelos profissionais da área:

- "Art. 2º. Todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social, evitando acentuar, de forma depreciativa, diferenciações sociais decorrentes do maior ou menor poder aquisitivo dos grupos a que se destina ou que possa eventualmente atingir.
- Art. 6º <u>Toda publicidade deve estar em consonância</u> com os objetivos do desenvolvimento econômico, <u>da educação e da cultura nacionais</u>.
- Art. 7º. <u>De vez que a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população</u>, este Código recomenda que os anúncios sejam criados e produzidos por agência e profissionais sediados no país salvo impossibilidade devidamente comprovada e, ainda, que toda publicidade seja agenciada por empresa aqui estabelecida.
- Art. 15. <u>Os padrões éticos de conduta estabelecidos neste Código devem ser respeitados por quantos estão envolvidos na atividade publicitária</u>, sejam Anunciantes, Agências de Publicidade, Veículos de Divulgação, sejam publicitários, Jornalistas e outros profissionais de Comunicação participantes do processo publicitário.
- Art. 19. <u>Toda atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade</u> <u>da pessoa humana</u>, à intimidade, <u>ao interesse social</u>, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar. "

#### Violação ao princípio da identificação da publicidade

A publicidade em questão também é ilícita, porque fere o princípio da identificação da publicidade previsto no art. 36 do CDC, pelo qual:

"Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal."



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Sobre o princípio em exame, leciona o e. Min. do eg. STJ, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin:

"[2] O PRINCÍPIO DA IDENTIFICAÇÃO DA PUBLICIDADE – Este dispositivo acolhe o princípio da identificação da mensagem publicitária. A publicidade só é lícita quando o consumidor puder identificá-la. Mas tal não basta: a identificação há que ser imediata (no momento da exposição) e fácil (sem esforço ou capacitação técnica).

Publicidade que não quer assumir a sua qualidade é atividade que, de uma forma ou de outra, tenta enganar o consumidor. E o engano, mesmo o inocente, é repudiado pelo Código de Defesa do Consumidor. 'A mensagem publicitária deve surgir aos olhos do público identificada como tal, colocando assim os seus destinatários de sobreaviso acerca das intenções comerciais e dos textos ou imagens'.

O dispositivo visa a impedir que a publicidade, embora atingindo o consumidor, não seja por ele percebida como tal. Basta que se mencionem as reportagens, os relatos 'científicos', os informes 'econômicos', verdadeiras comunicações publicitárias transvestidas de informação editorial, objetiva e desinteressada. Veda-se, portanto, a chamada publicidade clandestina, especialmente em sua forma redacional, bem como a subliminar." (*in* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, 7ª ed., fls. 281/2)

Assim, a publicidade padece do vício da identificação, cuja opinião da doutrina adotamos para concluir pela natureza enganosa do texto e das imagens.

Outro fato a ser considerado na avaliação da publicidade é que a empresa Souza Cruz, por intermédio de seu Diretor Jurídico, em audiência perante a Promotoria de Justiça, acompanhado dos seus Advogados, concordou com a suspensão da veiculação da propaganda, embora credora de 240 inserções na mídia televisiva, assim que tomou conhecimento do Laudo de Exame de Material Videofonográfico nº 5.165/00, produzido pelo IML, o qual instrui o inquérito civil da presente ação.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Naquela oportunidade, restou assentado no termo de

audiência:

"(...) a aceitação da presente proposta não impedirá a continuidade das investigações do MINISTÉRIO PÚBLICO, o andamento do Inquérito Civil ou de Procedimento de Investigação já existentes, nem a propositura de eventuais medidas judiciais cabíveis, mesmo porque a empresa Souza Cruz manifesta sua preocupação com a gravidade das conclusões do laudo em comento pretendendo colher subsídios com especialistas a respeito da correção ou não do laudo, comprometendo-se remeter ao MINISTÉRIO PÚBLICO, até o dia 20 de fevereiro próximo, os esclarecimentos com respeito a tal peça técnica." (fl. 197)

Assim, constatada a ilicitude da propaganda, exsurge a responsabilidade das rés pelos danos morais coletivos dela decorrentes, com base no art. 6°, inc. VI, do CDC.

#### Na doutrina de Carlos Alberto Bittar Filho:

"(...) o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial.

.....

Ocorrido o dano moral coletivo, que tem um caráter extrapatrimonial por definição, surge automaticamente uma relação jurídica obrigacional que pode ser assim destrinchada: a) sujeito ativo: a coletividade lesada (detentora do direito à reparação); b) sujeito passivo: causador do dano (pessoa física, ou jurídica, ou então a coletividade outra, que tem o dever de reparação; c) objeto: a reparação – que pode ser tanto pecuniária quanto não-pecuniária. Sobre essa relação incide a teoria da responsabilidade civil." (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor nº. 12, fl. 55)

Registre-se que a responsabilidade das rés, Souza Cruz, fabricante do cigarro; Ogilvy, agência de publicidade responsável pelo



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

lançamento da campanha publicitária; e Conspiração Filmes, produtora da propaganda, é solidária, nos termos dos arts. 7º, § 1º e 25, da legislação consumerista.

#### Da contrapropaganda

No tocante à condenação de realização da contrapropaganda, as rés afirmam ser desnecessária e inócua, diante do decurso do tempo e da vigência da Lei 10.167/00, que proibiu a publicidade de cigarros na televisão.

A contrapropaganda é sanção prevista nos arts. 56, inc. XII e 60 do CDC, aplicável quando houver a prática de publicidade enganosa ou abusiva, e o seu objetivo é desfazer os malefícios por ela causados.

No julgamento do AGI 0-8886/4 (fls. 2916/26), interposto da decisão antecipatória da tutela, decidi pela desnecessidade da contrapropaganda, devido ao tempo transcorrido da veiculação da propaganda impugnada, ocorrida no ano de 2000, bem como pelo advento da Lei 10.167/00, a qual proibiu propaganda sobre o produto em questão.

Dessa forma, é desnecessária a veiculação da contrapropaganda, devendo ser excluída da r. sentença essa condenação, bem como a multa nela fixada para o caso de descumprimento.

#### Da indenização punitiva

O MPDFT postula, em cumulação à obrigação de fazer a contrapropaganda, indenização punitiva, isto é, condenação à verba pecuniária para desestímulo em razão da lesão a direitos difusos da coletividade causada pela publicidade, a qual será destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos,



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

disciplinado no art. 13 da Lei 7.347/85.

Quanto à possibilidade de cumulação da condenação das rés ao pagamento de indenização e de veiculação da contrapropaganda, não há *bis in idem*, tratando-se de efeitos diversos decorrentes da ilicitude da propaganda. Todavia, tal questão é irrelevante para os autos, tendo em vista que a condenação à veiculação da contrapropaganda foi excluída da r. sentença, como acima decidido.

A apelante Ogilvy, em suas razões recursais, assevera violação ao art. 5º, inc. II, da CF, sob o argumento de que não há previsão legal para dano moral coletivo; portanto violado, por conseqüência, o princípio da reserva legal.

Contudo, não prospera tal entendimento. Conforme leciona André de Carvalho Ramos:

"A segurança e a tranquilidade de todos indivíduos – assim como o sentimento de cidadania – são bruscamente atingidos quando o patrimônio moral de uma coletividade é lesado sem que haja qualquer direito à reparação desta lesão.

Assim, há expressa previsão de ressarcimento de dano moral nas leis de tutela coletiva do Brasil. De fato, o prejuízo moral – que segue paralelo ao dano material – há de ser ressarcido, na modalidade de dano moral, conforme previsto no inc. V do art. 1º da Lei n. 7.347/85.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, também contempla a indenização por dano moral, nos incs. VI e VII do art. 6º, escudado pela previsão da nossa Carta de 1988, na dicção do inc. V do art. 5º. Segundo o citado artigo do Código de Defesa do Consumidor, são direitos básicos do consumidor, dentre outros, a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos; e o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção jurídica, administrativa e técnica aos necessitados.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

O Estatuto da Criança e do Adolescente contém inúmeros dispositivos de proteção ao menor por danos morais. Isso porque o desenvolvimento moral, físico e social é o objetivo legal (arts. 3º e 5º), punindo-se todo atentado ao desenvolvimento adequado da criança e do adolescente.

A própria Constituição Federal prevê o ressarcimento por dano moral quando, no seu art. 37, § 6°, estabelece a responsabilidade civil do Estado por ato de seus agentes – lembrando que, nos dizeres de José Afonso da Silva, responsabilidade civil significa a obrigação de reparar os danos e prejuízos de natureza patrimonial (e, às vezes, moral) que uma pessoa cause a outrem." (in Revista de Direito do Consumidor, nº. 25, ed. RT, fls. 84/5)

Com a atual socialização do Direito, surge a necessidade de proteção de valores coletivos indivisíveis atinentes às pessoas, independente dos seus valores individuais. José Carlos Barbosa Moreira os chama de "interesses essencialmente coletivos" (Moreira, José Carlos Barbosa, Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos, in Temas de Direito Processual, São Paulo, Ed. Saraiva, 1994).

A controvérsia sobre a existência do dano moral coletivo tanto no âmbito da jurisprudência do eg. STJ como na doutrina, debate-se na intransponível idéia de que somente diante da dor psíquica teremos lesão moral. Daí a atribuição de compensação moral apenas aos sujeitos de direito com aptidão para sentir dor. Para ultrapassar essa barreira, a doutrina sugere que seja afastada a limitação da existência de dano moral apenas quando houver dor psíquica, mas sempre que houve lesão extrapatrimonial, que é o que ocorre quando violados direitos metaindividuais, como por exemplo, meio ambiente, saúde pública, efeitos de propaganda abusiva, lesão a patrimônio histórico-cultural, etc.

Em conclusão, há lesão à coletividade, por conseguinte dano moral coletivo a ser indenizado.

<u>Do valor da indenização</u>



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Insurgem-se as rés, também, quanto ao valor da indenização fixada na r. sentença em R\$ 14.000.000,00, aduzindo que gera enriquecimento sem causa e ofende o princípio da razoabilidade.

Conforme já ressaltado anteriormente, a indenização devida em virtude de dano moral coletivo não é dirigida aos consumidores, mas será revertida para o fundo federal criado pela Lei 7.347/85.

#### Na lição de André Carvalho Ramos:

"(...) na fixação do quantum devido é necessário levar em consideração não só a gravidade, extensão e repercussão da ofensa, como também o grau de culpa no sofrimento acarretado à coletividade. Além disso, a destinação de eventual indenização deverá ser o Fundo Federal de Direitos Difusos (art. 13 da Lei 7.347/85), que será responsável pela utilização do montante para a efetiva reparação deste patrimônio moral lesado." (A ação civil pública e o dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor, nº. 25, Ed. RT, fl. 89)

#### Ainda na lição de Carlos Alberto Bittar Filho:

"Em havendo condenação em dinheiro, deve aplicar-se, indubitavelmente, a técnica do valor de desestímulo, a fim de que se evitem novas violações aos valores coletivos, a exemplo do que se dá em tema de dano moral individual; em outras palavras, o montante da condenação deve ter dupla função: compensatória para a coletividade e punitiva para o ofensor; para tanto, há que se obedecer, na fixação do *quantum debeatur*, a determinados critérios de razoabilidade elencados pela doutrina (para o dano moral individual, mas perfeitamente aplicáveis ao coletivo), como v.g., a gravidade da lesão, a situação econômica do agente e as circunstâncias do fato." (Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. Revista de Direito do Consumidor nº 12, Ed. RT, fl. 59)

A valoração da indenização à lesão coletiva deve observar as finalidades punitivas e preventivas, não se atribuindo nenhum interesse reparatório (dano material) ou compensatório (dano moral). Nesse sentido nos leciona Leonardo Roscoe Bessa:

"A condenação judicial por dano moral coletivo é sanção pecuniária, com caráter eminentemente punitivo, em face de ofensa a direitos coletivos ou difusos nas mais diversas áreas (consumidor, meio ambiente, ordem urbanística etc.).



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

.....

O objetivo da lei, ao permitir expressamente a imposição de sanção pecuniária pelo Judiciário, a ser revertida para fundos nacional e estadual (art. 13 da Lei 7.347/85), foi basicamente de reprimir a conduta daquele que ofende direitos coletivos e difusos. Como resultado necessário dessa atividade repressiva jurisdicional surgem os efeitos – a função do instituto – almejados pela lei: prevenir a ofensa a direitos transindividuais, considerando seu caráter extrapatrimonial e inerente à relevância social.

.....

Assim a referência a tópicos da responsabilidade civil nas relações privadas individuais possui, antes de qualquer outro, o objetivo de demonstrar que nem todos os seus elementos podem legitimamente ser transportados para uma adequada definição do dano moral coletivo. De outro lado, o objetivo preventivo-repressivo do direito penal conforma-se mais com o interesse social que está agregado aos direitos difusos e coletivos.

O denominado dano moral coletivo não se confunde com a indenização decorrente de tutela de direitos individuais homogêneos. Constitui-se em hipótese de condenação judicial em valor pecuniário com função punitiva em face de ofensa a direitos difusos e coletivos." (Dano moral coletivo. Revista de Direito do Consumidor nº 59, Ed. RT, fls. 78/106)

Dentro desses parâmetros, devem ser observados para a fixação do *quantum* a repercussão lesiva da propaganda ilícita, a culpa grave das rés na sua produção e veiculação, bem como os malefícios patentes causados à população pelo cigarro, ressaltando-se o seu caráter didático-pedagógico, evitado o valor excessivo ou ínfimo, objetivando, sempre, o desestímulo à conduta lesiva.

Da minuciosa análise dos autos, verifica-se que existem documentos comprobatórios de valores gastos com a produção e veiculação da propaganda que resultam o valor histórico de R\$ 1.662.000,00 (fls. 85/6 e 1.846).

Nesses termos, além dos critérios já mencionados, o valor da indenização deve ser estimado em, aproximadamente, o dobro daquele



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

gasto com a propaganda ilícita, razoável para permitir ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos a efetiva prevenção e punição pela lesão causada à sociedade, razão pela qual o reduzo para R\$ 7.000.000,00 que corresponde ao valor em dobro despendido com a propaganda.

Por fim, para que não se alegue omissão, o caráter pedagógico da indenização persiste, mesmo com o advento da Lei 10.167/00, pois apesar da proibição legal, a intenção é coibir as rés de reincidir em conduta como a dos autos; além do mais, respondem por ato praticado antes da vigência dessa Lei.

Isso posto, conheço das apelações e dou parcial provimento para: a) reduzir a indenização punitiva para R\$ 7.000.000,00, corrigida a partir do presente julgamento e acrescida de juros de mora de 1% a partir da citação; b) excluir a condenação à veiculação da contrapropaganda, bem como a multa fixada na r. sentença para a hipótese de descumprimento.

É o voto.

#### O Senhor Desembargador George Lopes Leite - Revisor

#### 2 Mérito

# 2.1 Abusividade da propaganda e sua responsabilização

No mérito, as apelantes sustentam inexistir mensagens subliminares na propaganda veiculada ou comprovação científica de que possam induzir ou incitar inconscientemente o consumo de determinado produto.





# Tribunal de Justica do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Vale ressaltar que os fatos que ensejaram a presente ação ocorreram anteriormente à vigência da Lei nº 10.167/2000 (denominada "Lei Serra"), que proibiu definitivamente propaganda de cigarro pela televisão. A nocividade da peça publicitária alardeando a excelência dos cigarros da marca "Free" foi comprovada por experts do Instituto de Medicina Legal – IML e do Instituto de Criminalística do Distrito Federal, que concluíram pela existência de mensagens sub-reptícias dirigidas a público infanto-juvenil, com o objetivo de estimulá-lo ao consumo da marca. Além disso, algumas transmissões foram veiculadas fora do horário permitido na lei de regência (Lei nº 9.294 de 15/07/1996).

O Ministério Público concentra seus argumentos no aspecto subliminar da propaganda, mas há outros fatores mais importantes a serem considerados.

A Constituição Federal, em seus artigos 5º, Inciso IX, e 220, § 4°, ao tratar da liberdade de expressão, determina que a criação intelectual e artística, científica e de comunicação não deve sofrer qualquer restrição, salvo exceções como aquelas relativas à propaganda de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias, todas sujeitas a severas restrições legais<sup>8</sup>. O legislador constitucional manifestou nítida preocupação com as prováveis consequências socialmente danosas, ou potencialmente perigosas, da comercialização e consumo desses produtos, procurando compatibilizar a liberdade de expressão e comunicação demais "com os preceitos constitucionais, como, por exemplo, a proteção dos direitos da criança e do adolescente (CF, arts. 226 a 230)"9.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

<sup>4</sup>º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Ed. Atlas, 2004, p. 2041.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

O parágrafo quarto do art. 220 da Constituição foi inicialmente regulamentado pela Lei nº 9.294/96, que sofreu as alterações promovidas pelas Leis nº 10.167, de 27/12/2000, e 10.702, de 14/7/2003, culminando na proibição total e definitiva da propaganda desses produtos nas emissoras de rádio e televisão. No início da veiculação da propaganda vigorava a Lei nº 9.294/96, cuja redação original, não a proibindo, restringia a veiculação entre 21h00 e 06h00. O texto legal prescrevia, ainda, que a publicidade deveria ser ajustada a princípios básicos, não podendo ser dirigida a crianças ou adolescentes nem conter a informação ou sugestão de que o produto pudesse trazer bem-estar ou benefício à saúde dos seus consumidores (incisos II e VI do § 1º, art. 3º). O art. 9º, por seu turno, já dispunha sobre as penalidades aplicáveis aos infratores, sem prejuízo de outras sanções, especialmente as previstas no Código de Defesa do Consumidor, que proibiu propagandas enganosas e abusivas, constando do seu art. 37, o seguinte, *in verbis:* 

Art. 37. É proibida toda propaganda enganosa e abusiva:

[...]

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore 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".

O lucro, mola mestra do sistema capitalista, deve ser garantido e até mesmo estimulado, para fomentar a livre iniciativa, fórmula mais eficaz que o gênio humano concebeu para assegurar a riqueza das nações. Mesmo assim, não justifica práticas abusivas de promoção e comercialização de produtos nocivos ou potencialmente nocivos, não admitindo o uso de métodos agressivos ou cavilosos para promover sua venda indiscriminada. Não foi outra a razão que levou o legislador, em boa hora, a estabelecer alguns parâmetros básicos para resguardar os interesses do consumidor, como a transparência, a boa fé e lealdade e a fidedignidade da informação.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Segundo a boa doutrina<sup>10</sup>, o direito de informação está baseado em outros dois direitos fundamentais, que são a dignidade da pessoa humana e direito de escolha consciente. Assim, de acordo com os artigos 9º e 31 da Lei nº 8.078/90, o consumidor deve ser informado "ostensiva e adequadamente a respeito da nocividade ou periculosidade do produto". Mas o videoclipe impugnado feriu esses princípios básicos, lesando o direito a uma informação clara e precisa sobre o produto oferecido, sem ser induzido ou incitado a consumir substância comprovadamente nociva à saúde, por meios capciosos.

A Nota Fiscal de folha 1.846, emitida em 27/06/2000, mostra que a veiculação do comercial denominado "Artista Plástico II", com trinta segundos de duração, deveria ser exibida durante dezoito meses, o que só não ocorreu em virtude da atuação do Ministério Público. Ao celebrar, em 15/12/2000, Termo de Ajustamento de Conduta com a indústria fumageira (folha 197), o *Parquet* assegurou a suspensão da publicidade abusiva a partir de 18/12/2000, ficando, todavia, ajustado que tal não impediria o ajuizamento das medidas judiciais cabíveis.

Portanto, antes da abolição definitiva da propaganda de tabaco na televisão, foi de grande importância a atuação incisiva do Ministério Público que, percebendo suas conseqüências potencialmente nefastas, promoveu a composição extrajudicial e, posteriormente, ajuizou a presente ação, cujo cerne indaga sobre os limites da publicidade como meio de informar e sua conformidade com a veracidade e a lealdade.

Hoje não mais se discute a influência da propaganda sobre o

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 776.



# TIDFT

#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

comportamento das pessoas. O mundo globalizado evidenciou a eficácia do *marketing* para induzir preferências e, até mesmo, modificar comportamentos. Basta um olhar mais crítico e reflexivo para se perceber com facilidade que, em maior ou menor escala, somos todos induzidos pelo poder da mídia, não só a consumir determinados produtos mas também a adotar comportamentos e modismos que nem sempre – ou quase nunca – representam o que a humanidade tem de melhor.

No Brasil, por exemplo, assistiu-se nos últimos tempos à ascensão vertiginosa de políticos graças a elaboradas campanhas de *marketing*, que "vende" o candidato como se fosse um produto de consumo. Daí a enorme importância que os chamados "marqueteiros" políticos granjearam entre candidatos de todos os matizes, a ponto de alguns deles serem considerados verdadeiros "magos".

É, pois, no cenário frenético do consumismo promovido pela globalização que a nocividade social da propaganda de certos produtos de consumo de massas se constituiu em um assunto novo e empolgante a freqüentar os tribunais. O ineditismo e o pouco traquejo do Judiciário no trato dessa relevante questão exige um cuidado maior e uma boa dose de ponderação, escorada no bom senso, para resistir à sedução de algumas idéias radicais, que chegam a sugerir a completa proibição da comercialização de cigarros, além de outros produtos, como, por exemplo, os de origem animal ou vegetal obtidos por manipulação genética. Na Europa e nos Estados Unidos tornou-se comum o boicote contra esse tipo de produto e até mesmo ações mais radicais, como aquelas que atingiram a rede Mc Donalds de fast food, alvo recente de uma grande polêmica iniciada pelo Príncipe Charles, que, numa entrevista à imprensa, lançou a idéia de simplesmente proibir as atividades dessa rede de alimentação na Inglaterra, para reverter a obesidade infantil, hoje um grave problema de saúde pública.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Essas idéias radicais – que talvez não sejam assim tão absurdas – demandam reflexão mais acurada, para que se possa realizar pacificamente a transição da sociedade do Século XX – que entronizou o desenvolvimento industrial inconseqüente e perdulário – para outra, esboçada com a democratização da informação, cuja atenção se volta para questões relacionadas com os direitos humanos, com a saúde das populações, com o meio ambiente, com o aquecimento global, enfim, com o chamado desenvolvimento sustentável. Essa fascinante perspectiva, traduzida na feliz expressão "sociedade de risco" formulada por Ulrich Beck, foi consagrado na literatura especializada a partir dos estudos e formulações do próprio Beck, além de Luhman, Giddens, Bauman, Hermitte, entre outros<sup>11</sup>.

Claro que os riscos do fumo sempre existiram, mas só muito recentemente se tornaram nítidos, perceptíveis, assim como, aliás, o de outras atividades humanas, especialmente no tocante à produção e consumo de alimentos e de novas tecnologias. Gorduras trans, monosaturadas ou hidrogenadas, substitutivos do açúcar natural como sacarose, ciclamatos e sacarinas, conservantes, edulcorantes, emulsionantes ou catalisadores passaram a freqüentar a agenda de preocupações do homem pós-moderno desde que a pesquisa científica comprovou sua relação com a saúde.

#### Confira-se a lição de Bauman:

"A morte já não parece, aos homens e mulheres modernos, um esqueleto de veste preta brandindo a foice (...) acha-se, agora, dissolvida em minúsculas, mas inumeráveis, armadilhas da vida diária. Tende-se a ouvi-la batendo, agora, de quando em quando, diariamente, em comida rápida e gordurosa, em ovos contaminados de Listeria, em tentações ricas em colesterol, em sexo sem

\_

Ver BECK, GIDDENS e LASH. Modernização reflexiva. São Paulo: Unesp, 1997; BECK. Ullrich. Risk society. Towards a new modernity. New York: Sage, 2002; BERSTEIN, P. Desafio aos deuses: a fascinante história sobre o risco. Rio de Janeiro: Campus, 1997; GIDDENS, A. As conseqüências da modernidade. São Paulo: UNESP, 1990; LUHMAN, Niklas. Risk: a sociological theory. New York: Aldine de Gruyter, 1993; HERMITTE, M-A. Os fundamentos jurídicos da sociedade do risco. In: VARELLA, Marcelo Dias. (org). Governo dos riscos. Belo Horizonte: Del Rey



# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

preservativo, em fumaça de cigarro, em ácaros de tapete que causam asma, 'na sujeira que se vê e em germes que não se vêem', na gasolina carregada de chumbo e nos gases desprendidos de chumbo e assim imundos, na água da bica tratada com fluoreto e na água não tratada com fluoreto, no exercício de mais e de menos, em comer em demasia e fazer regime em demasia, em ozônio demais e no buraco na camada de ozônio. Mas sabe-se, agora, obstruir a porta quando ela bate, podendo-se sempre substituir as velhas e enferrujadas fechaduras, ferrolhos e alarmes por outros 'novos e aperfeiçoados'. (...) Com o progresso da medicina moderna, que forneceu virtualmente a toda situação de morte sua causa específica, 'lógica' e 'racional', a morte já não é um capricho do destino cego, nem tão completamente casual quanto costumava ser. (...) Por outro lado, é a vida antes da morte que oferece percepções cercadas de incerteza. (...) Os homens e mulheres pós-modernos realmente precisam do alquimista que possa, ou sustente que possa, transformar a incerteza de base em preciosa auto-segurança, e a autoridade da aprovação (em nome do conhecimento superior ou do acesso à sabedoria fechado aos outros) é a pedra filosofal que os alquimistas se gabam de possuir"12

Parece mesmo que as sociedades modernas caminham inexoravelmente para ações mais incisivas de contenção da produção e do consumo do cigarro, reconhecido como um dos mais graves problemas contemporâneos de saúde pública. Ainda recentemente a França baixou norma proibindo fumar nos espaços públicos de Paris, a mesma França que revolucionou a cultura cinematográfica com o "cinema noir", personificado no detetive charmoso, inteligente e sagaz, que resolve os mais intrincados crimes entre drinques de bebida alcoólica e generosas baforadas de Gitanes ou Camel. Ícones que influenciaram não só Hollywood mas também a juventude dos anos dourados e se estenderam até os anos oitenta. Só há muito pouco tempo é que o cinema deixou de exibir belos atores e atrizes com um cigarro, cachimbo ou charuto nos lábios, hábito que definitivamente saiu de moda.

Os tempos são outros. O cigarro, antigo símbolo de charme e elegância, tornou-se o grande vilão da saúde pública, o ceifador silente e

<sup>12</sup>BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p 217/21.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



270851

APC Nº 2004011102028-0

impiedoso dos incautos que se deixam seduzir com a liberação da serotonina em cada tragada, produzindo inefável sensação de prazer e bem estar. A ilusão provocada pela nicotina é de tamanha intensidade que faz o fumante desprezar por completo a comprovada nocividade desse hábito nefasto. Assim, a morte silenciosa continua a percorrer seu caminho!

Pode-se afirmar, portanto, que o comercial de cigarros *Free*, com as características salientadas pelos técnicos, ensejou efetivamente grave dano social, por sua capacidade de induzir telespectadores jovens ou mais sugestionáveis, especialmente quando transmitido em horário proibido.

Vale a pena conferir os seguintes trechos dos laudos produzidos pelos especialistas (folhas 2.465, 2.470 e 2.471):

"Existem técnicas utilizadas em propagandas, consideradas não éticas, cuja literatura vigente refere como Mensagens Subliminares, as quais são enviadas de modo oculto, abaixo dos limites de percepção consciente do sujeito e que influenciam escolhas e atitudes, motivando a tomada de decisões posteriores."

[...]

"O material de propaganda apresentado na forma vídeofonográfica contém recursos considerados como subliminares, ou seja, atingem nosso cérebro abaixo do limite da nossa percepção (consciência), mas são capazes de influenciar nossos comportamentos futuros.

Todas as imagens com poder de penetração subliminar (com o tempo de exposição em centésimos de segundos) são dotadas ou de conteúdos influenciadores (ex.: mulher fumando) ou de algum tipo de estímulo que provocasse alterações do psiquismo, em especial a senso-percepção.

Assim, a propaganda é potencialmente capaz de influenciar condutas futuras, sobretudo em crianças e adolescentes, além de ser capaz de imprimir em seus telespectadores a sensação de alterações psíquicas, quais sejam:

- ilusão, percepção deformada de um objeto real e presente;
- hiperestesia com aumento da intensidade numérica das sensações;
- alucinações visuais (imagens distorcidas e "clarões");
- visualização de formas geométricas em profusão (efeito osciloscópico);"

Γ...1

Nesses casos as inserções de imagens, palavras ou idéias não podem ser percebidas pelo consumidor em um nível normal de consciência, portanto, não lhe



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

é dado a opção de aceitar ou rejeitar a mensagem."

Acrescente-se que o método indutivo utilizado para influenciar pessoas incluía um tempo mínimo de exposição, calculado em centésimos de segundos, visando possibilitar a "penetração subliminar". A médio e longo prazo, os sofisticados recursos de *marketing* utilizados procuravam induzir os seus destinatários a fumarem os cigarros *Free*, com a falsa percepção de que isso seria uma maneira de afirmação da própria personalidade, dotando-a dos traços marcantes de pessoas felizes, bem resolvidas e bem sucedidas na vida.

Contudo, embora importantes, não vislumbro tais argumentos como decisivos para orientar a decisão desta causa. Na verdade, a verdadeira nocividade da propaganda em questão em relacionada com a mensagem direta, incisiva, contextualizada no cenário de uma juventude livre das angústias existenciais do nosso tempo. É isso que possui enorme poder de persuasão, ao sugerir uma vida plena de realização e sucesso, sem traumas ou medos. O jovem ator assume uma postura de rejeição aos clichês e aos valores vigentes, sustentando um discurso blasé, com toques de insensibilidade e, até mesmo, de irresponsabilidade social, ao se expressar nestes termos:

"Meu nome é Daniel Zanage. Eu trabalho com luz, computador, arte, filmes, sombra, letras, imagens, pessoas.

Vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz.

Eu não vou passar pela vida sem nenhum arranhão.

Eu vou deixar minha marca." (fl. 2467).

É importante acrescentar que a publicidade de tabaco pela televisão, apenas restringida na Lei nº 9.294/96, foi definitivamente proibida na Lei nº 10.167, de 27/12/00, num reconhecimento claro do legislador quanto à sua extrema nocividade social. As rés tiveram amplas possibilidades de apresentar argumentos e provas irrefutáveis da adequação da propaganda aos





# TIDFT

#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

ditames do artigo 37 e seus parágrafos da Lei nº 8.078/90 (CDC). No entanto, se limitaram a requerer novas perícias e a oitiva de especialistas em psiquiatria, psicologia e *marketing*, quando, de fato, esse tipo de prova já estava nos autos e não poderiam favorecer aos argumentos da defesa. Afinal, não há perícia capaz de desmontar a lógica dos fatos.

#### Colhe-se da lição da doutrina, in verbis:

"A idéia básica do art. 36 é proteger o consumidor, assegurando o direito de saber que aqueles dados e informações transmitidos não o são gratuitamente e, sim, têm uma finalidade específica, que é promover a venda de um produto ou a utilização de um serviço.

O princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária é comum no direito comparado e tem como fim tornar consciente ao consumidor – comprador potencial – que ele é o destinatário de uma mensagem publicitária, patrocinada por um fornecedor com o intuito de promover a compra de seu produto.

Este princípio serve, de um lado, para proibir a chamada publicidade subliminar, que atingiria somente o inconsciente do indivíduo e que, por seu grande perigoso potencial de sugestão, está proibida no mundo desde os anos setenta; de outro lado, o princípio afeta também a prática de *merchandising*."<sup>13</sup>.

Portanto, a publicidade, no figurino preconizado pelo Código de Defesa do Consumidor, deve assumir claramente sua finalidade comercial, que é promover e estimular o consumo de determinado produto. O artigo 36, ao instituir o princípio da identificação obrigatória da mensagem publicitária, proíbe sua forma subliminar, que configura ilícito civil, ou, eventualmente, penal.

Está claro, assim, que o diploma consumerista acarretou maior responsabilidade às empresas e suas agências publicitárias em orientar, esclarecer e informar seus clientes potenciais. Aliás, isso já era previsto no Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária que o antecedeu, como

<sup>13</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 786.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

pode ser visto nos seus artigos 2º ("todo anúncio deve ser preparado com o devido senso de responsabilidade social") e 7º (reconhecendo que "a publicidade exerce forte influência de ordem cultural sobre grandes massas da população").

Portanto, a publicidade abusiva, como é o caso dos autos, deve ensejar a reparação pelos danos extrapatrimoniais causados, de acordo com as leis de regência (art. 6º do CBAP e 37, § 2º do CDC). Não é outro o sentido da lição doutrinária:

"Consumidor na atividade publicitária não é apenas aquele consumidor potencial, mas todos os expostos, logo, toda a população, mesmo os excluídos do consumo, mas atingidos pelas práticas, especialmente as práticas abusivas.".<sup>14</sup>

A reparação por danos extrapatrimoniais decorre do poder persuasivo – e até mesmo condicionante – do comportamento dos consumidores atribuível à propaganda, especialmente aquela de cunho subreptício, disfarçada, insidiosa, que não permite às pessoas comuns perceberem o canto de sereia embutido na mensagem veiculada. Se o incremento de consumo promovido pela publicidade é coletivo e amplo, o dano por práticas abusivas também o é.

Cabe ressaltar que o art. 6º, IV, do Código de Defesa do Consumidor estabelece como direito básico do consumidor, dentre outros, a proteção contra a publicidade enganosa, exigindo o inciso VI a "efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos". Os artigos 81 e 82 do mesmo diploma, por sua vez, estabelecem que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores pode ser exercida individual ou coletivamente, legitimando-se o Ministério Público para a propositura da

-

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p 811.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



270851

APC Nº 2004011102028-0

ação por força da Lei nº 7.347/85, cujo art. 1º é expresso em admitir ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ao consumidor, tratando-se, neste caso, de dano extrapatrimonial coletivo.

Com relação à alegada inexistência e irreparabilidade do dano moral, a Constituição Federal, no art. 5°, Inciso X, o Código de Defesa do Consumidor, no art. 6°, Inciso VI e a Lei de Ação Civil Pública, no art. 1°, dispuseram expressamente sobre o tema, reconhecendo, portanto, a existência dos danos morais coletivos e a necessidade de sua reparação.

Os argumentos da defesa são, portanto, falaciosos, constituindo, na lição de Aguiar Dias<sup>15</sup>, argumentos próprios dos "adversários do ressarcimento do dano moral", estando baseados nos seguintes pontos fundamentais: (a) incerteza do direito violado; (b) dificuldade da constatação do dano moral; (c) indeterminação do número de pessoas lesadas. A estas questões responde com propriedade o autor, afirmando que "o dano moral é conseqüência irrecusável do fato danoso. Este o prova per se. (...) A prova do dano está no próprio fato."<sup>16</sup>

É importante ressaltar que a propaganda abusiva na televisão pode atingir – e normalmente atinge – público diferenciado, composto por adultos, crianças e adolescentes. Independentemente de alcançar efetivamente esse universo de telespectadores, essa publicidade se mantém potencialmente lesiva, aparecendo de forma mais destacada quando atinge adolescentes, mais sugestionáveis e menos preparados para resistir aos seus enganosos apelos consumistas. Neste caso, a veiculação do comercial, algumas vezes antes do horário permitido na lei de regência à época (Lei nº 9.294/96) acentua o seu caráter abusivo, imputável às rés.

<sup>16</sup> Ibidem, p. 1003

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade civil**, atualizada e ampliada por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p 1.001.





#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

A conjugação e a integração da Lei de Ação Civil Pública com o Código de Defesa do Consumidor, em cada caso, é medida salutar que deve ser adotada na defesa de interesses transindividuais de consumidores. A lógica da reparação do dano extrapatrimonial coletivo é semelhante à da reparação do dano moral individual: não se cogita simplesmente da prova da ofensa à personalidade da pessoa, mas sim da prática danosa. Na hipótese, apenas a prova da veiculação da propaganda abusiva é suficiente para ensejar a indenização.

O dano moral é de conteúdo eminentemente imaterial, devendo ser aplicado o art. 335 do CPC quanto à prova da lesão, admitindo-se as máximas da experiência, as quais "embora individuais, adquirem autoridade porque trazem consigo a imagem do consenso geral, pois certos fatos e certas evidências fazem parte da cultura de uma determinada esfera social".<sup>17</sup>

Portanto, a condenação das rés em reparar os danos morais difusamente provocados por sua propaganda abusiva se impõe e a sua tradução em pecúnia será revertida em prol do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, nos termos da Lei de Ação Civil Pública.

#### 2.2 Do quantum indenizatório

Existem alguns critérios básicos para orientar a fixação do dano moral individual, como, por exemplo, a situação dos sujeitos envolvidos e a gravidade do dano. Vale trazer à baila a lição da boa doutrina:

"Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a gravidade do dano e a fortuna dele responsável, a critério do poder judiciário,

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Revista de processo nº 37**, jan/mar. 1985, ano 10.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

como justa reparação do prejuízo sofrido, e não como fonte de enriquecimento."18

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios postulou indenização no valor equivalente ao da criação e veiculação da publicidade, revertida em favor do fundo criado pela Lei nº 7.347/85, art. 13, o qual, segundo a sentença corresponde a R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais). Contudo, o valor comprovado nos autos é aquele que, aliás, constituiu o valor da causa, ou seja R\$ 1.433.127,87 (hum milhão, quatrocentos e trinta e três mil, cento e vinte e sete reais e oitenta e sete centavos), de acordo com os documentos de folhas 85 e 86, somado a R\$ 228.400,00 (Duzentos e vinte e oito mil e quatrocentos reais) relativos aos custos de produção do videoclipe, de acordo com a Nota Fiscal de folha 1.846. Pode-se, afirmar, portanto, que o custo total da produção e veiculação da peça publicitária totalizou, em cifra arredondada, R\$ 1.662.000,00 (um milhão seiscentos e sessenta e dois mil reais).

Nada obstante, a indenização a ser buscada não deve ter correspondência exclusiva com o custo de produção da malfadada propaganda. Antes, deve, tanto quanto possível, procurar recompor o dano efetivo provocado pela ação ilícita, sem desprezar a capacidade econômica do pagador e as necessidades do seu destinatário, que, no caso, é toda sociedade. É tarefa hercúlea e certamente infrutífera aquilatar quanto foi o prejuízo à saúde pública provocado pela exibição da propaganda malsinada. Quantas pessoas foram induzidas a fumar seu primeiro cigarro? Quantas haviam parado de fumar e retornaram ao vício, ou pretendiam parar mas foram estimuladas a continuar fumando? Quanto será o dispêndio do Estado para tratar as pessoas acometidas de doenças crônicas incuráveis provocadas pelo tabaco?

Contudo, essa dificuldade não pode ser empecilho à condenação, segundo a doutrina abraçada e já mencionada. No caso de dano

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Dano moral**. Editora Juarez de Oliveira, 2000, p. 30



# Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

moral individual puro, aliás, a dificuldade é a mesma. A discussão é tão velha quanto ociosa, sendo o argumento utilizado desde os tempos em que a jurisprudência, à frente da lei, estabeleceu a indenizabilidade do dano moral pela morte de filho menor sem trabalho remunerado. No fundo, bem no fundo, a dor dos pais pela perda abrupta de um filho ou vice-versa, é insusceptível de apreciação econômica. O mesmo se diga de alguém barrado com estardalhaço à saída do shopping de luxo por causa do acionamento involuntário e acidental do sistema de segurança. Em resumo, o constrangimento ou a dor puramente moral não são traduzíveis em pecúnia.

Assim sendo, tenho como razoável uma indenização que corresponda ao dobro dos valores despendidos com a produção e veiculação da propaganda malsinada, estimado em R\$ 3.334.000.00 (três milhões trezentos e trinta e quatro mil reais), que arredondo para R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) em virtude do tempo decorrido, mediante estimativa moderada da correção monetária do período.

#### Da contrapropaganda

Os artigos 56, Inciso XIII e 60, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor estabelecem que a contrapropaganda é sanção cabível por infração das suas normas. Mas, na presente hipótese, como bem pontuou a ilustre representante do *Parquet*, Doutora Suzana de Toledo Barros¹9, a sua veiculação, em face do decurso do tempo, não mais atende a função de desfazer os efeitos nocivos da publicidade veiculada. Acrescente-se a isso o fato de que, a partir da proibição de comerciais de tabaco na televisão (Lei nº 10.167/00), muito se tem refletido sobre os malefícios do cigarro. E isso foi muito mais importante para refrear o consumo do que qualquer propaganda contra os males do fumo.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Parecer proferido no AGI N. 2005.00.2.000377-2.



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

Peço vênia para transcrever trecho do parecer da Promotora Suzana de Toledo Barros, que adoto como razões de decidir:

"(...) A tutela antecipada, como deferida, determina a veiculação de idêntica propaganda do Ministério da Saúde advertindo sobre os malefícios do uso de cigarros. É evidente que uma publicidade desta natureza é sempre oportuna, mas, no caso em apreço, temos dúvida se cumprirá sua função de medida adequada e apta a desfazer os efeitos nocivos da publicidade veiculada na época sob o rótulo de"Artista Plástico II".

(...)

Com essas considerações, achamos importante que se dê relevo que a indicação para a suspensão da contrapropaganda, aqui, decorre unicamente das circunstâncias do caso concreto, associadas ao decurso do tempo e à mudança do marco legal sobre a matéria."

(folhas 2.128/2.138).

Entendo, assim, inoportuna a veiculação da contrapropaganda, dispensando as rés dessa parte da condenação.

Ante o exposto, conheço dos agravos retidos, mas nego-lhes provimento. Apreciando as apelações, rejeito as preliminares e dou parcial provimento de mérito para reformar a sentença, condenando as apelantes ao pagamento da indenização arbitrada em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), isentando as rés de promoverem a veiculação da contrapropaganda. Mantenho, no mais, a respeitável sentença.

#### A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Senhor Presidente, quando li as teses defendidas pelas partes já havia me convencido da ilicitude dessa propaganda. Contudo, convenci-me ainda mais após a exibição do vídeo, nesta sessão. O formato em videoclipe, portanto, voltado ao telespectador adolescente – pois o videoclipe chama, realmente, a atenção desse telespectador jovem, demonstra não só a



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

ilicitude da mensagem oral, como também da mensagem visual, no sentido de que ofendem valores constitucionalmente protegidos e afrontam o Código Brasileiro de Regulamentação Publicitária.

De modo que acompanho a eminente Relatora, dando provimento parcial apenas para que seja afastada a contrapropaganda e a multa pertinente à mesma.

Quanto ao valor da indenização imposta pela respeitável sentença, arbitro o valor dos danos morais coletivos também em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais).

#### A Senhora Desembargadora Vera Andrighi – Relatora

Senhor Presidente, consulto os ilustres Pares sobre a possibilidade de convergirmos o valor para R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a fim de que o julgamento reste unânime.

#### O Senhor Desembargador George Lopes Leite - Revisor

Desembargadora Vera Andrighi, realmente, a vontade é de estabelecer em R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões), mas não posso deixar que minhas opiniões pessoais contaminem o meu voto.

Penso que estamos operando uma transição de uma sociedade industrial para uma outra. E temos que orientar, balizar inclusive, o comportamento dessas empresas sem onerá-las desnecessariamente, preservando-as tanto quanto possível.

Parece-me que R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais) para esse dano é razoável, digamos assim, para iniciar essa transição. É um



#### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



APC Nº 2004011102028-0

balizamento, uma orientação, mesmo porque observo que, no início, com a atuação incisiva e salutar do Ministério Público, prontamente eles acederam e suspenderam a veiculação dessa propaganda. E até mesmo em homenagem à boa-fé da empresa, que entendo que ficou demonstrada – na verdade, a grande culpa é justamente da alteração radical da percepção do risco do cigarro, antigamente não se tinha isso, talvez eles tivessem, mas nós não tínhamos. Desde o momento em que foi apontada essa nocividade, as empresas recluíram a propaganda e a suspenderam.

Quantificar o dano moral já é quase impossível quando se trata do plano individual; no plano coletivo é impossível.

Então, faço essas ponderações para a manutenção desses R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). Parece-me razoável essa quantia em sendo a primeira condenação imposta a uma indústria fumageira.

#### A Senhora Desembargadora Maria Beatriz Parrilha - Vogal

Senhor Presidente, o eminente Revisor realmente me convenceu e entendo que o valor da indenização deve ser fixado na forma em que S. Ex.<sup>a</sup> o fez em seu brilhante e judicioso voto.

#### A Senhora Desembargadora Vera Andrighi – Relatora

Senhor Presidente, curvo-me às razões da egrégia Turma e adapto o meu voto para fixar também os danos coletivos em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais).

Isso posto, conheço das apelações e dou parcial provimento para: a) condenar as rés, solidariamente, a pagarem a indenização punitiva no valor reduzido de R\$ 4.000.000,00, corrigido a partir da sentença e acrescido

# **270851**

#### Poder Judiciário



### Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

APC Nº 2004011102028-0

de juros de mora de 1% a.m. a partir da citação; b) excluir a condenação da obrigação de fazer veiculação da contrapropaganda, bem como a multa para a hipótese de descumprimento.

Mantida quanto ao mais, a r. sentença.

É o voto.

|--|

Conhecidos, preliminares rejeitadas, agravos retidos improvidos, apelações parcialmente providas, unânime.