**EXCELENTÍSSIMO DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA
DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL DO
ESTADO DE SÃO PAULO**

PROCESSO Nº 0005431-07.2010.8.26.0053

Procedimento Ordinário

FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP, pessoa jurídica de Direito Público, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 57.659.583/0001-84, por sua procuradora do Estado, infra-assinada, nos autos do processo em epígrafe que lhe move **COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS - AMBEV**, ante a respeitável decisão de fls. vem interpor **RECURSO DE APELAÇÃO**, nos termos do art. 513 e seguintes, do Código de Processo Civil, e requerer o recebimento das inclusas razões, para apreciação do Egrégio Tribunal *Ad Quem*.

Requer sejam as intimações dos atos processuais feitas em nome dos Procuradores do Estado **MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON**, OAB/SP 106.081; **ADRIANO PUGLIESI LEITE**, OAB/SP 172.844 e **TATIANA DE FARIA BERNARDI**, OAB/SP 166.623.

Termos em que,

P. deferimento.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

RAZÕES DE APELAÇÃO

Egrégio Tribunal,
Colenda Câmara
Ilustres Julgadores,

I – SÍNTESE DO PROCESSO

Cuidam os autos de ação anulatória movida pela apelada em relação à apelante, visando à anulação de auto de infração 1.037, série D5, processo administrativo nº 803/06, lavrado pela Fundação PROCON por infração ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

Em sua defesa alegou a apelada, em síntese, o seguinte:

- a) Inocorrência de publicidade abusiva, vez que não traz de conteúdo ofensivo à figura feminina e saiu do ar há mais de três anos, não havendo mais razão para punição;*
- b) Para haver publicidade discriminatória, seria necessário que a discriminação não fosse banal e se revestisse de conteúdo antiético, o que não seria o caso, já que a publicidade “Musa do Verão” não extrapolara os limites do razoável;*
- c) Desproporcionalidade da multa ao final aplicada, arbitrada com base em critérios subjetivos e em desconformidade com a pouca gravidade da infração e da mínima vantagem econômica auferida.*

Em sede de contestação, a apelante alegou que:

- a) a apelada infringiu o artigo 37, § 2º, da Lei do Consumidor, por ter veiculado, nos meados de março de 2006, publicidade do produto “Cerveja Skol” sob o título “Musa do Verão”, de cunho discriminatório por transmitir a ideia de que a mulher, assim como a cerveja, seriam um objeto de consumo;*
- b) a publicidade deve atender à sua “função social”, não pode deixar de respeitar o interesse de toda a coletividade;*
- c) constatou-se que houve discriminação sexista na campanha publicitária “Musa do Verão”, onde a mulher foi colocada em posição inferior e subordinada ao homem;*
- d) Inexistência de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade da penalidade imposta.*

Após regular instrução foi o feito julgado procedente, tendo a r. sentença decidido no sentido de inexistência de violação ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90, por descaracterização da prática de propaganda discriminatória, tomando por base o julgamento de Ação Civil Pública conexa, que reconheceu a improcedência do pedido formulado pelo Ministério Público em face da apelada.

Fato é que a sentença merece ser anulada, tendo em vista o claro teor discriminatório e sexista da peça publicitária em questão, que reforça o estereótipo equivocado da mulher como objeto, o que caracteriza o total descumprimento do artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

II – DA CONDUTA INFRACIONAL

A conduta infracional praticada subsume-se ao disposto no artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90, vez que a publicidade mostra uma praia com um palco montado, em que é apresentada a vencedora do concurso para “musa do verão” (representada pela atriz Bárbara Borges). Há muitos fãs e fotógrafos em volta e os seguranças não permitem que ninguém se aproxime. No meio do alvoroço, um desconhecido faz a seguinte afirmação: “se o ‘cara’ que inventou a Skol tivesse inventado a “musa do verão”, ela não seria assim. Seria assim [...]”. Então se inicia uma sequência de cenas descrevendo o processo de clonagem da musa e a entrega dos clones a homens de diversos lugares. Cada um recebe a sua musa de uma maneira diferente. Um dos homens demonstra insatisfação porque sua musa era barbada: “pô, justo a minha veio com defeito!”. Ao final do filme, um senhor abre a porta e indaga: “é importada?”.

Em outras palavras, se o “cara” que inventou a Skol tivesse inventado a “musa do verão”, ela estaria ao alcance de todos os homens, assim como a cerveja Skol; a musa é clonada e **entregue em carrinhos** a diversos homens; um deles reclama que a sua musa **veio com defeito** (porque tinha bigode); e um senhor pergunta se a sua musa **era importada**. Sabemos que somente uma coisa (e não uma pessoa) pode ser colocada em cima de um carrinho e entregue aos consumidores ou ainda ser defeituosa ou importada.

Ao comparar a musa a um produto, no caso a cerveja Skol, que está à disposição de todos os homens, a publicidade “Musa do Verão” “coisifica” a mulher e, conseqüentemente, coloca-a em posição inferior e subordinada em relação ao homem.

O homem é o dominante e a mulher, a dominada.

Estamos claramente diante de uma publicidade sexista, que abusa de estereótipos que nada acrescentam de positivo nos esforços desenvolvidos para tornar a sociedade mais igualitária.

As publicidades criativas que se utilizam do humor em suas peças são bem-vindas, o que se tenta combater, como é o caso da publicidade sob análise, é que a mulher seja retratada de forma estereotipada, aumentando ainda mais a dificuldade existente de combater a discriminação.

A publicidade em questão faz parte da campanha publicitária “Invenções”, patrocinada pela apelada¹, juntamente com outras, tais como “Tarja de Censura”, “Sutiã”, “Provador” e “Bebedouro” (doc. 02 – fls. 172/176).

Tudo é redondo: o corpo da mulher, os seus seios, as suas pernas, as suas nádegas, o rótulo da cerveja, as tarjas de censura em cada seio, o botão *eject* para abrir o sutiã de maneira mais fácil e rápida, o provador que cobre apenas o rosto da mulher, deixando seu corpo seminu todo descoberto, o bebedouro que fica a poucos centímetros do chão a ponto de permitir que qualquer pessoa possa ver as suas pernas e nádegas. A circularidade remete aos *slogans*: “com Skol tudo fica redondo” ou “Skol, a cerveja que desce redondo”.

Em suma, a publicidade “Musa do Verão” é abusiva por conferir tratamento desigual e desvantajoso à mulher, que é utilizada como um objeto de consumo disponível a todos os homens. Carrega, portanto, mensagem de conteúdo machista, servindo de instrumento para a manutenção da violência e discriminação contra a mulher.

O caminho realizado pela mulher na busca de um espaço na sociedade foi marcado pela violência e discriminação.

Por séculos, as mulheres não foram consideradas como sujeitos de direitos e obrigações. Em muitas culturas, não eram vistas nem como seres humanos, detentores de dignidade e respeito. Geralmente eram colocadas em regime de clausura doméstica: se fossem casadas, serviam apenas para cuidar do marido, dos filhos e do lar; se fossem solteiras, tinham que ficar em casa ajudando nos afazeres domésticos e esperar que o pai encontrasse um marido para poderem casar e ter uma família. Não tinham o direito de expressar a sua vontade. Era normal que se casassem jovens, pois quando chegavam aos vinte anos já eram consideradas solteironas.²

No século XIX, a vida das mulheres da camada senhorial sofreu algumas modificações, à proporção que se intensificava o processo de urbanização. Passaram a frequentar igrejas, bailes e teatros, apesar de não participarem efetivamente do mundo cultural. Praticamente não tinham o direito de estudar, direito esse relegado aos homens.

Em geral, o ensino que lhes era ministrado era muito fraco, mesmo em escolas frequentadas por meninas burguesas. Um dos problemas é que a escolaridade

1 Disponível em: <http://www.ambev.com.br/not_04.php?noticia=142>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2007.

2 Flávia Patrícia Martins Jordão, “O Erotismo e a Sensualidade da Mulher na Publicidade e na Propaganda”, 2005, Dissertação (Mestrado em Comunicação), Universidade de Marília, São Paulo, p. 18-19. Disponível em: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/trabalhos.php?area=4>>. Acesso em: 23 de maio de 2007.

se iniciava aos sete ou oito anos e aos quatorze ou quinze anos, as meninas eram retiradas da escola porque o casamento já esperava por elas.³

A partir do século XX, com a revolução industrial, o progresso científico e o desenvolvimento dos meios de comunicação como rádio, jornais e televisão, a mulher começou sua luta, ficando clara a discussão sobre igualdade de gêneros.⁴

Mais amadurecida, com uma visão mais crítica da realidade, a mulher começou a fazer escolhas, como tomar pílula anticoncepcional, fumar em público, usar calças compridas ou minissaias, ser mãe solteira.⁵

Em fins do século XX e início do século XXI, a mulher passou a ocupar lugar de destaque no meio social, ingressando nas áreas de domínio público, na política, na economia, nas letras, nas artes, nas empresas, nos meios de comunicação de massa. E o homem passou a ser um parceiro nas atividades domésticas e na educação dos filhos.⁶

Apesar de todas as conquistas sociais e políticas, ainda nos dias atuais a mulher não tem sido considerada por alguns setores da mídia como um ser humano integral, que não tem apenas um corpo, mas também uma alma. A mulher pensa, raciocina, sente, emociona-se.

Ao explorar somente o seu corpo, a mídia “fragmenta” a mulher, como explicam JACIRA MELO, Diretora Executiva do Instituto Patrícia Galvão, e MARISA SANEMATSU, jornalista:

*“A **publicidade**, como debate o texto a seguir, **continua na contramão da história das mulheres**.*

*Diferentes pesquisas sobre a imagem da mulher na publicidade mostram que as mulheres consideram que **a representação dominante é a da ‘mulher sexual’**. É importante salientar que são pesquisas realizadas ao longo das últimas duas décadas por agências de renome nos mercados publicitários nacional e internacional. Esses estudos revelam que **há uma crítica geral à exploração publicitária do corpo da mulher, usado como chamariz para promover a venda dos mais diversos produtos. A imagem sexualizada da mulher é a mais fortemente rejeitada pelas próprias mulheres**.*

Uma das mais recentes pesquisas realizadas nesse campo – batizada de Miss Understood – foi coordenada pela agência Leo Burnett, que promoveu grupos

3 Op. Cit., p. 19-20.

4 Op. Cit., p. 21-22.

5 Op. Cit., p. 22.

6 Op. Cit., p. 22-23.

de discussões em sete países: Brasil, México, Estados Unidos, Inglaterra, Índia, Japão e China (Leo Burnett, 2004). Foram ouvidas 180 mulheres das classes A e B, entre 16 e 40 anos, que têm o hábito de ver TV e ler jornal e revistas, com o objetivo de descobrir do que a mulher gosta ou o que rejeita, e qual é o modo de se comunicar com ela.

Segundo os resultados da pesquisa, as mulheres não suportam enrolação, detestam ser retratadas por meio de estereótipos e valorizam, acima de tudo, o humor e a emoção. Marlene Bregman, uma das coordenadoras do estudo da Leo Burnett no Brasil, diz que a mulher quer respeito, além de humor, emoção e sexo. 'Sim, mulher adora sexo! Ela não gosta é de machismo, de ser retratada como a gostosona cretina, reduzida a curvas e peitão...', disse ela em reportagem da revista Cláudia (2005). Como se vê, as mulheres são bastante críticas aos padrões da publicidade. A pesquisa da agência Leo Burnett serve de advertência para criativos da publicidade de diversos países: **as mulheres se veem com diferentes capacidades, desejos e instrumentais, para além do sexo, e, assim, rejeitam as propagandas que as reduzem a objeto sexual.**

(...)

Um outro estudo, 'A mulher na publicidade', coordenado pela executiva de planejamento e pesquisa da agência de publicidade F/Nazca S&S, Cecília Novaes, levantou os arquétipos mais comuns da publicidade brasileira e os classificou entre aqueles que suscitam maior e menor identificação (Novaes, 2005). O resultado é que o público feminino se identifica mais com os arquétipos das mulheres trabalhadoras, fortes, livres e mães. **Os arquétipos de menor identificação são o da mulher-objeto, das empregadas domésticas e das mulheres maravilhosas.**

(...)

Os estereótipos valem para as diferentes personagens, mas em especial para as mulheres. Esses estereótipos fragmentam as mulheres, que, na maioria das vezes, estão nos filmes de publicidade resumidas a um par de seios ou a um exuberante traseiro. Por quanto tempo mais vamos debater a publicidade e cobrar a ausência da mulher por inteiro?⁷ (grifamos)

Considerando que a palavra e a imagem têm tal força a ponto de produzir o que se diz e o que se vê, permitir esse tipo de publicidade é potencializar a violência contra as mulheres e realimentar a discriminação por elas sofrida ao longo de séculos.

Nesse sentido, vejamos a explicação da Promotora de Justiça do Rio de Janeiro HELOÍSA CARPENA VIEIRA DE MELLO:

7 Disponível em: <<http://www.patriciaagalvao.org.br/novo2/fragmentosdamulhernapublicidade.htm>>. Acesso em: 28 de maio de 2007.

*“Se não tem função informativa, como sustenta grande parte da doutrina, a propaganda abusiva possui **notável importância do ponto de vista cultural, como estimuladora ou reprodutora de comportamentos**, ainda que não perca de vista seu compromisso com a venda de um produto ou serviço. Para confirmar esta afirmação, basta observar o quanto **têm se tornado frequentes peças publicitárias onde sequer aparece o produto anunciado, predominando imagens que refletem o estilo de vida associado ao seu uso.**”⁸ (grifos nossos)*

É isso o que faz a publicidade “Musa do Verão”: mantém a visão social construída de que o homem é superior à mulher e, por isso, pode ser por ele “consumida”.

Não se pode olvidar que a publicidade deve atender à sua “função social”, o que significa que, apesar de ser um poderoso instrumento para aumentar a venda de produtos e serviços, não pode deixar de respeitar o interesse de toda a coletividade.

É o que afirma a especialista em Comunicação Michele Araújo de Menezes:

*“A **função social da publicidade**, de caráter informativo, de promoção de ideias, produtos e serviços (de maneira saudável e ética) e de entretenimento, **começa a ser questionada a partir do momento em que os fins (aumentar as vendas de produtos e serviços dos clientes) não justificam os meios.***

(...)

*Alguns segmentos (ou públicos) da sociedade são os que geram maior polêmica em relação à publicidade, entre eles **as mulheres, que mesmo com toda luta para conquistar sua independência, continuam restritas a tarefas domésticas ou sendo usadas em propagandas com apelo sexual.***

(...)

*Caracteriza-se aqui a **função social da propaganda**, que visa a informar a população, incluir minorias, **acabar com preconceitos**, respeitar culturas, trabalhar a publicidade com ética, tudo isso sem deixar de focar a função comercial de vender produtos e serviços.”⁹ (grifamos)*

Assim, a possibilidade de veicular publicidade para aumentar a vendagem de cerveja não dá à fabricante a liberdade de descumprir valores sociais e produzir depreciações e polêmicas, como assevera a advogada ROSANGELA AMATRUDO:

8 “Prevenção de Riscos no Controle da Publicidade Abusiva”. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, jul-set de 2000, v. 35, p. 125.

9 “A Responsabilidade Social nas Agências de Publicidade e Propaganda”, 2006, Monografia (Especialização em Gestão Estratégica em Comunicação Organizacional e Relações Públicas), Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 36-40. Disponível em: <<http://gestcorp.incubadora.fapesp.br/portal/monografias/pdf/Microsoft%20Word%20-%20capas/>>. Acesso em: 01 de junho de 2007.

“A publicidade abusiva, independentemente de boas, ou más intenções, assim será caracterizada pela norma pelo simples fato de causar quaisquer danos aos valores não econômicos, isto é, lesões aos valores da sociedade, seja qual for a extensão ou intensidade destes danos causados à sociedade.

A Constituição Federal dá a todos a liberdade de expressão e comunicação, entretanto, não nos dá através destas a liberdade de jogar com os valores e com as emoções de uma sociedade, causando depreciações ou criando polêmicas que possam influir prejudicialmente na cultura de um povo.¹⁰
(grifos nossos)

O tema, portanto, tem sido amplamente debatido, o que demonstra que esse tipo de publicidade não fere somente a mulher, mas toda a sociedade, conforme se denota pela repercussão do artigo da socióloga e professora BERENICE BENTO, publicado no jornal Folha de S. Paulo (03/01/2007), sob o título “A cerveja e o assassinato do feminino”, em que declara:

“Como não ficar estarecida com a reiterada violência contra as mulheres nos comerciais de cerveja? Com raras exceções, a estrutura dos comerciais não muda: a mulher quase desnuda, a cerveja gelada e o homem ávido de sede. As campanhas são direcionadas para o homem, aquele que pode comprar.

(...)

Todos os comerciais são de cervejas diferentes e estão sendo exibidos simultaneamente. Nesses comerciais não há metáforas. A mulher não é ‘como se fosse a cerveja’: é a cerveja. Está ali para ser consumida silenciosamente, passivamente, sem esboçar reação, pelo homem.

(...)

Agora, é incalculável o estrago que imagens reiteradas de mulheres quase desnudas, que não falam uma frase inteligente, que estão ali para servirem à sede masculina, invisibilizadas em duas tragadas, provocam na luta pelo fim da violência contra as mulheres.

Da mesma forma que o ‘piadista’ racista e/ou homofóbico acha que tudo não passa de ‘brincadeira’, o marqueteiro misógino supõe que sua ‘obra-prima’ apenas retrata uma verdade aceita por todos, inclusive por mulheres: elas existem para servirem aos homens. E como é uma verdade aceita por todos, por que não brincar com ela? Ou seja, nessa lógica, ele não estaria fazendo nada mais do que reafirmar algo posto. Será? Não é possível

10 “Publicidade Abusiva”. In: Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez de 2004, v. 52, p. 207.

que defendam aquela sucessão de imagens violentas como ‘brincadeiras’ (...)¹¹ (grifamos)

A jornalista LIGIA MARTINS DE ALMEIDA, comentando o artigo escrito por Berenice Bento (09/01/2007), assegura:

“A imagem da mulher na propaganda – especialmente nos anúncios de cerveja – estava a merecer, e não é de hoje, um estudo mais sério. Já era hora de alguém tentar explicar por que beber cerveja só é um prazer completo quando os homens são cercados por mulheres seminuas. Será a cerveja um poderoso afrodisíaco? Ou será que a cerveja torna os homens irresistíveis às mulheres lindas, jovens e de corpo mais que perfeito?

(..)

Esses felizes consumidores vão chegar ao máximo do prazer – depois de consumir hectolitros de cerveja, sem ressaca ou qualquer tipo de mal-estar – consumindo aquelas mulheres lindas – que, aliás, só existem para serem consumidas e dar prazer aos homens.

Tratar as mulheres como produtos de consumo incomoda, é de mau gosto e machista. Mas talvez o que perturbe mais é ver que, na opinião dos publicitários, as mulheres só têm valor quando são ‘gostosas’ e disponíveis. Mulheres que desfilam biquínis sumários na praia com a exclusiva intenção de proporcionar aos bebedores de cerveja um prazer a mais.

(..)

Se a mídia quiser discutir o assunto – sem medo da reação de seus anunciantes – vai descobrir muitos outros anúncios nos quais, a pretexto de vender de sabonete a geladeiras, os publicitários despem as mulheres como se estas fossem, como a loira gelada, um objeto de prazer masculino.¹² (grifos nossos) (doc. 05 – fls. 186/188)

Em entrevista realizada pelo Observatório da Imprensa, a ministra da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, NILCÉIA FREIRE, demonstrou o desejo de dialogar com as fabricantes de cerveja sobre as publicidades veiculadas:

“Quando nós discutimos a violência, nós não nos preocupamos em olhar as matrizes que formam a violência. Essa questão das campanhas das cervejarias tem sido reiteradamente criticada pelas mulheres.

(..)

11 Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniaofz0301200709.htm>>. Acesso em: 11 de abril de 2007.

12 Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=415OPP001>>. Acesso em: 12 de março de 2007.

Começamos a trabalhar numa linha, espero que nos próximos anos consigamos, que é fazer um trabalho formal, mesmo, de observatório, para onde as pessoas possam se dirigir e que vá além da retirada do ar, promova um trabalho de discussão com as empresas. **Das cervejarias nós nunca nos aproximamos. Acho que é preciso fazer isso.**¹³ (grifamos)

Em notícia publicada no jornal Folha de S. Paulo (30/01/2007), sob o título “Cervejarias descumprem veto a erotismo”, as fabricantes de cerveja inclusive se comprometeram a evitar o uso de mulheres em publicidades com apelo sexual:

“Três anos após se comprometerem a não recorrer ao apelo sexual em anúncios de bebidas alcoólicas, as cervejarias voltaram a abusar de cenas com conotação erótica nas campanhas publicitárias deste verão.

Integrantes do mercado publicitário e representantes dos produtores de álcool admitem que parte da última safra de propaganda desrespeita o acordo de autorregulamentação.

‘É preciso que haja muita responsabilidade para que a gente não perca a liberdade’, alerta Dalton Pastore, presidente da Associação Brasileira de Agências de Publicidade.

O superintendente do sindicato das cervejarias, Marcos Mesquita, também reconheceu ‘algumas irregularidades sob o conceito ético’ na nova safra de comerciais, sem citar nomes. ‘Todos esses equívocos ou casos de mau gosto são pontuais’.¹⁴ (grifos nossos)

Se as cervejarias se comprometeram a não explorar a imagem da mulher dessa forma, é porque admitiram, *a contrario sensu*, que tais publicidades são abusivas. Porém, continuam descumprindo o seu compromisso com toda a coletividade ao utilizarem a mulher como se fosse um produto, que pode ser adquirido e consumido pelo homem, no caso a cerveja que “desce redondo” como as curvas do seu corpo quase nu.

É o que infere o publicitário LUIS HENRIQUE DE M. PAULO, em artigo publicado no Observatório da Imprensa (27/03/2006), sob o título “Continuam cegos, surdos e sem imaginação”:

“De um modo ou de outro, o fato é que nada de realmente novo surgiu nas campanhas de cervejas nos últimos 10, talvez 20 anos: continuam apelando para a ideia de ‘gostosa’ fazendo uma espécie de metáfora por

13 Disponível em: <http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/blogs.asp?id_blog=4&rid=2397F63C-DBEA-4EF0-810C-25D436E82EAD>. Acesso em: 11 de abril de 2007.

14 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3001200701.htm>>. Acesso em: 06 de fevereiro de 2007.

aproximação entre a bebida e a mulher da vez. Talvez não haja mesmo nada para mudar, pois não deve ter mudado a cabeça do bebedor de cerveja, mas em vista do acirramento da disputa entre as cervejarias, não era a hora de usarem de um pouco mais de esforço criativo, sair dessa mesmice (apesar das gostosas) e se sobressair com algo inovador que seja lembrado por muito tempo e leve seu cliente à liderança do setor?”¹⁵ (grifamos)

Outra notícia publicada na Folha OnLine (24/10/2006), sob o título “Mulheres: clichê cansado”, afirma que essas publicidades, apesar de ainda existirem, têm perdido sua força e tendem a se restringir a hipóteses em que o corpo da mulher seja realmente necessário:

“Modelos de biquínis minúsculos, cervejas geladas, homens sorridentes no bar. Esse cenário, comum em propagandas que associam mulheres a produtos tidos por ‘masculinos’, pode não estar com os dias contados, mas tem perdido força.

(...)

‘As agências entenderam que [as mulheres] rejeitam a marca’, diz Selma Felerico, professora da pós-graduação em comunicação da Escola Superior de Propaganda e Marketing. Para ela, a tendência é que a mulher deixe de ser um objeto sexual nas peças e que o corpo seja usado ‘quando necessário’ - em propagandas de protetor solar, por exemplo.

(...)

Mas o recurso publicitário de atrair atenção para um produto por meio de representação sexualizada da mulher ainda persiste, tendo como seu carro-chefe a propaganda de cerveja. ‘A garrafa lembra o corpo da mulher; a ‘loira gelada’ lembra a ‘loira social’. A propaganda liga o prazer erótico à degustação’, analisa Tânia Hoff, professora do programa de mestrado em comunicação e práticas de consumo da ESPM. ‘Já que não tem a mulher, ele bebe a cerveja’, completa Fláilda Garboggini, diretora da faculdade de publicidade e propaganda da PUC-Campinas. (...)

Ainda que se reconheçam os avanços, é difícil sair do lugar comum. ‘A exploração continua’, pondera Marcos Cobra, professor de marketing da FGV-EAESP (Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas). ‘O sexo vende porque dá destaque à marca e a associa a momentos prazerosos.’¹⁶ (grifos nossos)

15 Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos.asp?cod=374OPP002>>. Acesso em: 16 de maio de 2007.

16 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/especial/2006/topofmind/lj2410200623.shtml>>. Acesso em: 15 de maio de 2007.

Com uma visão otimista, a publicitária e presidente do Grupo Full Jazz de Comunicação CHRISTINA CARVALHO PINTO acredita que a publicidade do futuro rejeitará todos os estereótipos e não mais confundirá a mulher com a cerveja:

*“Isso me leva a pensar que a propaganda do futuro vai mergulhar ainda mais fundo na alma humana e nas misteriosas necessidades individuais. A comunicação vai ser mais e mais sincera. **Todos os estereótipos serão definitivamente rejeitados, pois não encontrarão ressonância em nenhuma tribo de consumidores.** Homens e mulheres serão cada vez mais retratados na sua imensa capacidade de viver múltiplos e fascinantes papéis. Todos os tipos físicos serão respeitados em sua beleza original e legítima. A morenidade das brasileiras vai deixar de se oxigenar por estimulação irracional da mídia. **O mundo vai perceber que cerveja e corpo de mulher não são rigorosamente o mesmo assunto.** A manipulação das crianças será banida dos comerciais e dos lares. **O conteúdo ético de cada peça publicitária será considerado sagrado.** Nosso talento para o humor será ampliado. Nossa capacidade de emocionar será valorizada.*

E o respeito que merecemos, por tudo o que lutamos e pelas competências que desenvolvemos, será vivido todos os dias no relacionamento entre agências e anunciantes. Teremos futuro se começarmos a viver tudo isso hoje.”¹⁷ (grifamos)

O tema tem sido discutido não só no Brasil, mas também em outros países do mundo. A título de exemplo, citamos a França e o Reino Unido.

Na França, foi produzido um relatório intitulado “A imagem das mulheres na publicidade”, produzido pela Secretaria dos Direitos das Mulheres e divulgado no dia 11 de julho de 2001, que propunha “um reforço da capacidade de expressão e ação da sociedade civil”, em particular das associações de luta contra a violência e a discriminação das mulheres. Segundo pesquisa de opinião realizada à época, 50% (cinquenta por cento) das mulheres ouvidas se sentiam revoltadas ao verem o corpo feminino seminu como pretexto para a venda de todos os tipos de produtos.

Outra pesquisa feita em junho de 2001, na qual se perguntou “que tipo de publicidade choca mais você?”, as respostas foram: **aquelas que mostram as mulheres em atitudes sexualmente provocantes; aquelas que caricaturizam as mulheres: no fogão, no volante, como mulheres-objeto; aquelas que mostram mulheres inteiramente nuas; aquelas que mostram mulheres que sofreram violência.**¹⁸

17 Disponível em: <http://www.fulljazz.com.br/lancamento/pt/secoes/ccp/comunicacao_mododeusar.aspx> Acesso em: 24 de maio de 2007.

18 Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/artigos/obspp180720011p.htm>>. Acesso em: 24 de maio de 2007.

Dentre as regras do código sobre a utilização da imagem da mulher na publicidade francesa, elaboradas em 1975 pelo *Bureau de Vérification de la Publicité* (BVP), que controla os anúncios publicitários, estão: “a publicidade deve respeitar a dignidade da mulher e não chocar a sensibilidade do público”; “a imagem da mulher não deve ser vista como uma provocação”; “a exploração da nudez é desaconselhada”; **“a mulher não deve ser reduzida à função de objeto publicitário”**; “a publicidade não deve sugerir a ideia de uma inferioridade da mulher”.¹⁹ (doc. 11 – fls. 208/210)

No Reino Unido, a rigidez no controle da publicidade de bebidas alcoólicas é tão grande quanto na sua venda.

As regras para os anúncios foram criadas em 1975 e estabelecem que a publicidade “não deve ligar o álcool à sedução, à atividade sexual nem implicar que a bebida pode aumentar a atração, a masculinidade ou a feminilidade”.²⁰

Isso tudo nos leva à seguinte conclusão: a publicidade “Musa do Verão” é abusiva por utilizar a mulher como um produto, uma coisa, uma mercadoria, um objeto de consumo e por agravar a violência e discriminação contra ela.

A apelada pode sim utilizar a publicidade para aumentar a venda do seu produto. O que ela não pode é discriminar a mulher como meio para conseguir o seu objetivo. O aumento dos lucros não é (ou não deveria ser) um fim único, ele está vinculado a outro maior, que é o interesse da coletividade em receber informação de forma ética e moral acerca dos diferentes produtos e serviços colocados no mercado de consumo.

Diante da manifestação de toda a sociedade, mulheres e homens, de diversas classes sociais, profissionais das mais variadas áreas, do Brasil e de outros países, os órgãos de defesa do consumidor assumem um papel importantíssimo na luta contra a publicidade discriminatória de natureza sexista.

Cabe ressaltar que a apelada, na petição inicial, tropeça no seu próprio discurso e reconhece o rebaixamento da figura feminina à condição de coisa, a exemplo da cerveja de sua fabricação. Nesse sentido, confira-se o item 7 (fl. 4):

*“O anúncio, estrelado pela estrela global Bárbara Borges, visava a democratizar a então eleita musa do verão, sempre vista como alguém distante e inacessível, tornando-a próxima e tangível a todos... **assim como uma boa cerveja deve ser.**”*

¹⁹ Idem.

²⁰ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3001200710.htm>>. Acesso em: 24 de maio de 2007.

Ou seja: em meio a um discurso debochado e repleto de ironia, muito próximo a uma bem-humorada conversa de botequim, uma clara demonstração de que, sob a ótica da autora, mulher e cerveja são, sim, bens de consumo... são “coisas”... Mais claro que isso, impossível.

Assim, a postura da apelante diante da peça publicitária de responsabilidade da autora não constitui “só marola” (fl. 7, item 15) e tampouco ato que a coloca na condição de “bode expiatório” de toda a indústria cervejeira (fl. 8, item 19).

Trata-se de reação necessária a evidente abuso no exercício da liberdade de criação, que feriu valores socialmente relevantes, em especial a proteção à mulher, objeto de construção e afirmação ao longo de décadas, o que não significa que medidas idênticas venham a ser tomadas contra outras empresas que venham a incorrer no mesmo ilícito.

E dizer que a figura do “sexo frágil” foi relegada às páginas dos livros didáticos como retrato de um passado distante (fl. 10, item 25) significa ignorar o atual panorama social e jurídico do País.

Como único, definitivo e importante exemplo, basta lembrar a edição da Lei 11.340/06 – a Lei Maria da Penha – que justamente buscou conferir tratamento diferenciado à mulher vítima de violência doméstica.

Evidente que se desejamos construir uma sociedade igualitária temos que transmitir claramente estes valores e, a publicidade em questão perpetua justamente um estereótipo que precisa ser combatido.

E, independentemente do entendimento da ACP nº 9000005-45.2009.8.26.0100, utilizada como fundamento pelo juízo *a quo*, para a decisão, a publicidade é sexista na medida em que “coisifica” a figura feminina, tratando-a como objeto.

O posicionamento do relator ao proferir seu voto foi equivocado, pois, parte da premissa de que a publicidade não “coisifica” a figura feminina e sim busca o humor.

A intenção do comercial, ao contrário do caráter ofensivo que se pretendeu impor, é a de promover criatividade ou brincadeira que associa a beleza, o clima quente e as vestes reduzidas, o bom humor, a alegria

“Nessas circunstâncias e considerando o que foi mostrado no filme em comento, o objetivo não é de “coisificar” mulher nenhuma, mas sim, causar impacto com humor...” (TJ, Apelação nº 9000005-45.2009.8.26.0100, relator Des. Enio Zuliani, j. 26/04/2012)

O humor não é necessariamente inócuo e a publicidade informa, cria e estimula padrões de comportamento, e em nada contribui para a construção de uma sociedade mais igualitária para homens e mulheres o discurso sexista utilizado na publicidade em questão.

E não pode ser salvo-conduto para propagar, legitimar ideias que discriminam, que colocam a mulher na condição de um objeto consumível.

Portanto, acertado o posicionamento da apelante ao lavrar o auto de infração por ofensa ao artigo 37, § 2º, da Lei 8.078/90.

III - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja dado **PROVIMENTO AO PRESENTE RECURSO**, para o fim de reformar integralmente a sentença, julgando subsistente o auto de infração e a multa aplicada, invertendo-se o ônus da sucumbência.

São Paulo, 9 de abril de 2014.

MARIA BERNADETE BOLSONI PITTON
Procuradora do Estado - OAB/SP Nº 106.081

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação nº 0005431-07.2010.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON/SP, é apelada COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV S/A.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, deram provimento ao recurso, contra voto do 3º Juiz, que declarará. Declarará voto convergente o revisor. Sustentou oralmente o Dr. Victor Lamas”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente) e MOACIR PERES.

São Paulo, 11 de março de 2016.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 10.585

Apelação Civil nº 0005431-07.2010.8.26.0053 – Comarca de São Paulo

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP

Apelada: Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV

AÇÃO ORDINÁRIA – Mensagem publicitária televisiva, produzida pela AMBEV, no contexto de campanha intitulada “Musa do Verão”, veiculada no ano de 2006. Autuação lavrada pelo PROCON/SP, com base na regra do art. 37, § 2º, do CDC, à vista do caráter abusivo da mensagem publicitária. “Coisificação” da mulher caracterizada, porquanto a peça publicitária mostra “clones” da musa do verão, representada por conhecida personagem da mídia, sendo entregues, em carrinhos, por homens para homens, supostamente também consumidores da cerveja – Liberdade de criação que não se concilia com mensagem que discrimina o gênero feminino, tratando a mulher como objeto de consumo. Procedimento de autuação e imposição de multa que se mostra em conformidade com os parâmetros estabelecidos no artigo 57 da LF nº 8.078/90, tratando apenas a Portaria 23/2005, editada pelo PROCON, de aplicá-los. Valor da multa que se revela em conformidade com a norma do art. 57 da LF nº 8.078/90. Regra do art. 111 da Constituição do Estado que se viu observada. Reforma da sentença – Recurso provido.

Vistos, etc.

Trata-se de ação ordinária movida pela Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV em face da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor PROCON/SP, na qual alega a autora que foi autuada e multada por suposta infração à regra do artigo 37, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, pois a campanha publicitária televisiva “Musa do Verão”, segundo a requerida, seria abusiva, promovendo determinada marca de cerveja na base da equiparação da mulher a um mero objeto. Afirma a autora, de outra forma, que a noticiada campanha não é abusiva, argumentando a Companhia, neste contexto, com a inexistência de conteúdo discriminatório na peça publicitária por ela veiculada, cujo enredo se passa num mundo de fantasia, como é próprio desta ferramenta do *marketing*. Aduz ainda que o valor da multa é exorbitante, não se justificando. Argumenta com a existência de julgamento, proferido na Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, que reconheceu a ausência de ofensa à norma do artigo 37, § 2º, da Lei Federal nº 8.078/90, no qual o órgão colegiado afastou o pedido de reparação a título de danos morais coletivos e difusos formulado pelo Ministério Público, acórdão este que transitou em

julgado. Busca, assim, a anulação do ato administrativo ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa.

Em contestação, a Fundação PROCON alega que a campanha “Musa do Verão” é abusiva, por conferir tratamento desigual e desvantajoso à mulher, que é apresentada, no contexto da peça publicitária, como um objeto disponível, pronto para o consumo de todos os homens. Diante disto, correta se mostraria a autuação, lavrada por infringência à regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como razoável seria o valor da multa, aplicada com base na Portaria PROCON nº 23/2005.

O juízo de primeiro grau julgou procedente a ação para anular o Auto de Infração nº 1.037 D-5, fazendo-o a magistrada sob fundamento de que, diante do julgamento de improcedência da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, descaracterizada está a prática de propaganda discriminatória. Na oportunidade, condenou a requerida ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da causa.

Em sede de apelação, a Fundação PROCON busca a reforma da r. sentença, repetindo a argumentação desenvolvida na contestação.

É o relatório.

Não se há de falar em coisa julgada na base do julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, pela E. 4ª Câmara de Direito Privado, pois ali buscava o Ministério Público a condenação da *Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV* ao pagamento de valores a título de reparação de danos morais difusos e coletivos, supostamente causados pela veiculação da campanha “Musa do Verão”, enquanto aqui se está diante de controle judicial de ato administrativo, buscando a autora a sua anulação ou, subsidiariamente, a redução do valor da multa imposta. Enfim, o julgamento, na noticiada Ação Civil Pública, não prejudica nem vincula o deslinde da presente ação.

É certo que, na noticiada Ação Civil Pública, na qual buscava o Ministério Público de São Paulo a reparação de danos morais experimentados por todo o universo de mulheres, diante do conteúdo supostamente discriminatório da campanha publicitária conhecida como “Musa do Verão”, a E. 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, ao tempo em que afastou o reconhecimento da prescrição, aplicando, por analogia, a regra do artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil, julgou improcedente a demanda, fazendo-o sob fundamento de que sobredita propaganda não seria abusiva. Todavia, os motivos invocados no julgamento não fazem coisa julgada (art. 469, III, do CPC).

A magistrada, é inegável, em nenhum momento reconheceu a coisa julgada, mas decidiu a causa como se o pronunciamento da E. 4ª Câmara fosse vinculante, limitando-se a transcrever a ementa e fragmento do voto do Exmo. Relator para lançar, na base do reconhecimento da inexistência de propaganda abusiva, o decreto de improcedência.

Diga-se mais, preventa encontra-se esta 7ª Câmara de Direito Público para o julgamento do recurso, pois antes conhecera do Agravo de Instrumento nº 990.10.113520-5, tirado pela AMBEV contra o PROCON, dando-lhe provimento, recurso este julgado em 26/07/2010 (fls. 403 a 411), ao passo que o julgamento da Apelação, na noticiada Ação Civil Pública, deu-se somente em 26/04/12 (fls. 481).

Dito isto, passa-se ao julgamento da causa.

A publicidade é acima de tudo arte, ainda que contenha, na sua essência, a técnica; é um braço da argumentação de vendas; é notícia de caráter comercial, que visa, principalmente, a construir marcas e a estimular o consumo de determinados produtos. Ela não cria valores nem muda hábitos da noite para o dia. É um fenômeno cultural dito derivado, pois reflete valores e códigos da sociedade, sem nada inventar ou inovar. Trabalha, em grande parte, com o mundo da fantasia e do lúdico, buscando despertar a atenção do consumidor.

O mundo irreal da arte publicitária poderá tornar-se real caso a campanha seja construtiva e bem aceita pelos consumidores, não se revelando legítimas, neste cenário, quaisquer limitações por parte do direito, que não tem por objetivo coatar a imaginação dos publicitários, mas sim proteger aquele que, vulnerável, sob diversos aspectos, acaba sendo influenciado diante da mensagem transmitida pela propaganda.

Nesta esteira, o legislador, na regra do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, tratou da publicidade enganosa e abusiva, dispondo, no § 2º, no sentido de que “é abusiva, **dentre outras**, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite a violência, explore o medo ou a superstição, aproveite-se 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”.

Ao que se retira do artigo acima transcrito, a figura da publicidade abusiva é ampla, tratando a norma de estabelecer rol meramente exemplificativo, como se retira do emprego da expressão “dentre outras”, que deixa margem para um largo espectro de julgamento.

Embora inexista, entre juristas e publicitários, um consenso sobre a definição de “publicidade abusiva”, tem-se de levar em conta que há uma medida para todas as coisas, que existem, afinal, limites (Horácio, *Sátira*, I, 1). E estes contornos, na estipulação do conceito, hão de considerar o arcabouço de valores sociais que a Carta Constitucional buscou promover, tanto quanto o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito da personalidade.

O princípio constitucional no qual está fundada a proibição da publicidade de natureza discriminatória encontra-se consolidado na regra do artigo 3º, IV, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

No dizer do jurista Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin, “é abusiva a publicidade que discrimina o ser humano, sob qualquer ângulo ou pretexto. A discriminação pode ter a ver com a raça, com o sexo, com a preferência sexual, com a condição social, com a nacionalidade, com a profissão e com as convicções religiosas e políticas” (*Manual de Direito do Consumidor*, 6ª ed., 2014, SP, RT, p. 298).

E o abuso, ou a configuração dele, independe do elemento subjetivo, vale dizer, da intenção, da boa-fé ou da má-fé do idealizador da campanha publicitária ou do agente que a patrocina, caracterizando-se a abusividade pelo dano potencial que pode causar a valores não econômicos, não importando a extensão ou intensidade.

Mais que isto, a ideia de abuso do direito, desde a doutrina do *Segundo Sauleilles*, dispensa a noção de culpa ou dolo; age de maneira abusiva aquele que faz uso anormal de um direito, enfim, aquele que se conduz de maneira contrária à função social do direito (*Étude sur la théorie générale de l'obligation, d'après le premier projet de Code Civil pour l'empire allemand*, apud Carlos Fernández Sessarego, *Abuso del Derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 198 e 199).

Não se trata de deixar de lado ou de desconsiderar a liberdade de expressão, garantida constitucionalmente, mas de conformar o seu exercício aos valores éticos e morais que têm de ser levados em conta em qualquer segmento da atividade humana. Uma peça publicitária não pode sequer sugerir mensagem depreciativa nem ofensiva a determinado grupo social.

Cada um de nós tem uma visão da vida e das coisas, na esfera da subjetividade, da consciência individual. Todavia, a atividade humana dirigida a um valor, objeto da Ética, há de levar em consideração não só a esfera das elaborações sub-

jetivas do indivíduo (Ética individual), como também os valores da coletividade em que o indivíduo age (Ética social). Neste espaço, em que atua a consciência coletiva e no qual transitam a Moral Social e o Direito, sobreleva considerar a conduta como bem social, que supera o valor do bem para cada um (a propósito destas reflexões, v. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 12^a ed., SP, Saraiva, 1985, p. 35 a 40).

No caso em exame, a autora foi autuada pelo PROCON-SP por patrocinar a veiculação, durante o verão de 2006, da campanha “Musa do Verão”. A respectiva peça publicitária mostra, num contexto fictício, um processo de clonagem da dita “musa do verão”, a qual passa a ser entregue a homens de diversos lugares. Alguns gostam do clone; outros não, por acreditar que “veio com defeito”. O mote traz a ideia de que se o “cara” que inventou a cerveja *Skol* tivesse inventado também a “musa do verão”, ela seria acessível, sem defeito nenhum, a todos os homens.

Não se trata apenas de dizer que a campanha é manifestamente artificial, pois dá mil voltas só para mostrar o corpo feminino, associando o consumo da cerveja ao acesso dos homens a mulheres esteticamente perfeitas. Mais que isto, a campanha publicitária passa a mensagem de que seria bom se quem “inventou” uma marca de cerveja apreciada por grande parte dos homens, pudesse também “inventar” uma mulher pronta para ser consumida a qualquer tempo e a qualquer hora.

Nesse contexto de mercantilização da mulher, não se pode desconsiderar as questões de gênero para dizer, como faz a autora, que a propaganda invoca apenas símbolos do verão, a exemplo do sol, do mar, cenário no qual homens e mulheres aparecem festejando em trajes praianos. Na verdade, o que se vê no filme publicitário são “mulheres clonadas”, carregadas em carrinhos, do tipo que se vê em supermercados, sendo entregues por homens para homens. Nas palavras da própria autora, a ideia é transmitir a mensagem de que, naquele mundo fantástico, mulheres com o fenótipo de musa estariam à disposição de qualquer homem, assim como as cervejas da marca *Skol*.

O argumento da peça publicitária é mais do que infeliz, pois “coisifica” a mulher, servindo-a, mediante entrega, para desfrute do consumidor. Em outras palavras, nela, o gênero feminino transforma-se em objeto de consumo. Alguém poderia dizer que se trata apenas de um “clone” de mulher, e não de uma mulher de carne e osso. Mas as propagandas nunca são feitas de pessoas de carne e osso, pelo que o argumento cede diante do poder de sugestão que o *marketing* exerce.

Tampouco se venha dizer, como afirma a autora, que apenas grupos feministas se mostraram escandalizados com a campanha “Musa do Verão”. O que importa é que nela há discriminação do sexo feminino, a justificar a lavratura do

auto de infração e a imposição de multa, com fundamento na regra do artigo 37, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.

A luta pelo espaço igualitário da mulher na sociedade é tema que ganha cada vez mais força no mundo. No momento em que a sociedade busca proscrever a ideia de que o gênero feminino é mero objeto de prazer, não se pode legitimamente sustentar que a valorização da mulher seja vista apenas como uma bandeira de determinado setor (radical) da sociedade. Todos estão envolvidos com a superação de estereótipos grosseiros, lugar comum sempre presente quando o assunto é publicidade.

Impressiona lembrar que ainda na segunda metade do século passado era comum, na propaganda, o uso da imagem de donas de casa levando palmadas do marido, como aconteceu em icônico anúncio patrocinado por uma empresa de café americana, na década de 60, dentre outros tantos exemplos. Impressiona também que, em pleno século XXI, uma empresa multinacional e multibilionária invista em campanha publicitária abertamente preconceituosa, mas que, para todos os efeitos, busca ser apenas “engraçada”, na qual alguém lamenta o fato de a *Skol* não ter a mesma capacidade de produzir coisas boas, prazerosas e acessíveis, quando se trata de fornecer mulheres para o “consumo do mercado”.

Não se nega, na linha do que sustenta a apelada, que o universo masculino sempre foi pródigo em produzir textos e músicas nas quais a mulher surge como fonte do desejo do homem, sempre pronta para servi-lo. É possível lembrar, nesse contexto, o grande Mário Lago, autor de “Ai, que saudades da Amélia”, bem como o inolvidável Ataulfo Alves, em “Mulata Assanhada” (Ai, meu Deus, que bom seria // Se voltasse a escravidão // Eu comprava essa mulata // Prendia no meu coração // E depois a pretoria // É quem resolvia a questão).

Mas é preciso ler *Casa-Grande e Senzala* para entender por que essas relações de submissão e posse se acham quase sempre presentes sobretudo no universo do samba. Para citar Ortega y Gasset, grande admirador da obra de Gilberto Freyre, o homem é ele próprio e suas circunstâncias, pensamento que bem reflete o fato de que toda a produção humana deve ser entendida num determinado contexto de vida (social, cultural, econômico, histórico, existencial, etc.).

Bem por isto, tampouco se pode citar Drummond fora do contexto em que o grande poeta brasileiro produziu. No seu primeiro livro, *Alguma poesia*, de 1930, onde foi publicado o poema *Moça e Soldado* (e não “A mulher e o soldado”), a que faz referência a autora, o poeta trata do sentimento de desajuste do indivíduo no mundo, ele próprio, um desajustado, expulso que fora do colégio, sob acusação de mau comportamento e “insubordinação mental”, por discordar de um professor durante a aula. Essa passagem, que foi marcante

na sua vida, está registrada na autobiografia que Drummond escreveu para a *Revista Acadêmica*.

Aliás, a inquietação de Drummond aparece em vários momentos de sua obra, conforme se retira da antologia poética por ele próprio organizada, em 1962, em poemas reunidos na seção que leva o título “Tentativa de exploração e de interpretação do estar-no-mundo”. Este é o sentido da poesia em parte transcrita na inicial. Faltou completá-la para entender o alcance dos versos:

“Moça bonita foi feita para namorar
Soldado barbudo foi feito para brigar (...)
Só eu não brigo
Só eu não namoro”

No poema, Drummond revela o seu jeito “ensimesmado”, dizendo como distante é o poeta das outras pessoas, que o nefelibata espia, sem nunca se envolver. Disto se retira que a interpretação sugerida pela autora da ação é manifestamente equivocada. Diga-se mais, o escritor de Itabira, em sua obra póstuma, *O avesso das coisas*, publicada em 1987, mostra, numa coleção de aforismos, relativos a vários temas, dentre eles a *mulher*, como prezava a inteligência e a perspicácia feminina: “A mulher é mais do que o homem quando este pretende *ser* mais do que a mulher.”

É preciso interpretar, não só textos jurídicos, mas qualquer tipo de produção humana, quer seja científica, quer artística, dentro do seu contexto. E a peça publicitária que compõe a campanha “Musa do Verão” certamente vai de encontro aos valores que começaram a se formar, mercê do processo de redemocratização da sociedade brasileira, a partir dos anos 90, diante de marcos civilizatórios que não convivem mais com estereótipos e formas preconcebidas.

Enfim, a publicidade brasileira, reconhecida mundialmente pela sua capacidade criativa, vem dando mostras de que não se pode subjugar a inteligência do público: é impensável hoje associar cigarro com práticas esportivas, noções antitéticas, tal qual se fazia antes, assim como não se cogita mais da associação entre consumo de bebida alcoólica e bom desempenho sexual, presente em vários anúncios publicitários do passado. A atuação do PROCON é fruto da consciência, que habita o coletivo, no sentido que não se pode estimular associações improváveis entre o corpo da mulher e objetos de consumo.

Não se trata de exercer o direito de tolerância, tampouco de romper com uma certa hipocrisia social, na linha do “politicamente correto”, mas de perceber que a estética feminina, por mais apreciável que seja, não se confunde com lata de cerveja, produto que as pessoas consomem e depois jogam fora. É certo que,

em tempos de racionalidade instrumental (Horkheimer) e de modernidade líquida (Bauman), tudo é disponível, descartável. Mas a filosofia contemporânea, ao mesmo tempo em que interpreta o mundo a nossa volta, denuncia, faz pensar. E é terrível perceber o quão desagregadora pode ser uma mensagem publicitária, promovida a peso de ouro, que penetra na casa das pessoas sem pedir licença. De mais a mais, a televisão é serviço público, atuando as empresas, neste ramo, mediante concessão.

Nem se venha argumentar, de outra parte, com pesquisas unilaterais, cuja metodologia empregada se desconhece, na tentativa de comprovar que a sociedade brasileira apoia aquele tipo de peça publicitária. Tal argumento expõe-se à mesma crítica, formulada pela autora, quando se referiu pejorativamente ao material publicado na internet, cuja fonte e critérios se desconhece.

Quanto às demais peças publicitárias que enveredariam pela exploração gratuita da sensualidade ou daquilo que é escatológico, diga-se que dois erros não perfazem um acerto. Aliás, a defesa que instituições e pessoas apresentam, sobretudo no campo da política, quando se veem pilhadas na prática do mal feito, recorre sempre a esta forma de argumento, mais do que reducionista, infantil: “mas fulano de tal também fez isto”.

Diga-se, quanto à fixação da pena-base, que ela não se fez de maneira arbitrária, observando-se, de outra forma, os parâmetros estabelecidos na Portaria nº 23/2005 do PROCON, vigente à época dos fatos, no concernente à dosimetria da sanção pecuniária, mais especificamente, quanto aos termos da equação prevista na norma do artigo 5º, em consideração à gravidade da infração, à vantagem auferida e à condição econômica do infrator.

E a fórmula acima enunciada atende à regra do artigo 57 da Lei Federal nº 8.078/90, havendo de se acrescentar que a Portaria não institui sanção *ab ovo*, limitando-se a regular o funcionamento do sistema contido no Código de Defesa do Consumidor, não havendo de se falar, portanto, em inconstitucionalidade.

Noutras palavras, a Portaria não tipifica a conduta a que se amoldaram os fatos objeto do Auto de Infração, fazendo-o o próprio Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a base e os limites para a aplicação da multa. Diga-se que o ato normativo apenas dá aplicação aos critérios utilizados para a fixação da penalidade, nos termos da Lei nº 8.078/90.

Ao que se retira dos autos, a autora foi notificada pelo PROCON para apresentar os valores referentes à receita média mensal, a fim de que se fizesse o cálculo do valor da multa a ser aplicada. Diante da inércia da empresa, a Diretoria de Fiscalização estimou a receita, nos termos da regra do artigo 4º, *caput*, da Portaria PROCON nº 23/2005 (Demonstrativo de Cálculo a fls. 128).

E não caberia ao PROCON sair à cata de balanços e balancetes, tomando o tempo útil de seu corpo técnico, para calcular a receita média mensal, mesmo porque, até mesmo no campo do Direito Tributário, é dado estabelecer a base de cálculo dos impostos, a exemplo do ICMS, com fulcro em estimativa, não ocorrendo que a Suprema Corte, em algum momento, tivesse declarado inconstitucional a Lei Estadual nº 6.374/89 ou respectivo Decreto.

Enfim, a multa, considerado o porte econômico da empresa autuada, uma das maiores do mundo, é compatível com o tipo de atividade que desenvolve, atendendo à regra do artigo 111 da Constituição do Estado e às normas infraconstitucionais que regulam a espécie.

O Judiciário não pode invadir quer função legislativa quer função executiva para excluir ou fixar a multa em percentual distinto daquele previsto na norma, a menos que vulnerado se veja o princípio da razoabilidade, o que, como já se disse, não é o caso.

Em resumo, não colhe a pretensão deduzida na inicial, tratando-se de julgar improcedente a ação proposta pela AMBEV.

Por conseguinte, condeno a autora ao pagamento de custas, despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 8.000,00, nos termos da regra do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

De fato, não se trata de aplicar percentual sobre o valor da causa, porque a base de cálculo se revela excessiva. Mais razoável, à luz do artigo 127 do Código de Processo Civil, e em atenção aos critérios estabelecidos no artigo 20, § 3º, a que se reporta o § 4º, o arbitramento dos honorários em valor tarifado.

Nestes termos, dou provimento ao recurso da Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor de São Paulo.

Para fins de acesso aos Egrégios Tribunais Superiores, ficam expressamente prequestionados todos os artigos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes.

LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA

Relator

VOTO Nº 29.517

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0005431-07.2010.8.26.0053 de São Paulo

APELANTE: FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON

APELADA: COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMÉRICAS – AMBEV S/A

DECLARAÇÃO DE VOTO CONVERGENTE

Acompanho o douto Relator sorteado, dando provimento ao recurso de apelação, pelas razões a seguir expostas.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por Companhia de Bebidas das Américas – AMBEV – objetivando a anulação ou, subsidiariamente, a redução, da penalidade imposta pela Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON – em razão da veiculação de anúncio televisivo supostamente discriminatório (fls. 02/26).

A ação foi julgada procedente em primeira instância, “para declarar nula a multa imposta à autora no Auto de Infração nº 1.037 série D5” (fls. 546/548).

Contudo, a ação deve ser julgada improcedente. A publicidade, no caso em análise, é abusiva.

Em primeiro lugar, esclareça-se que não existe, na hipótese, coisa julgada a vincular o deslinde da presente ação. De fato, a abusividade da propaganda foi afastada em sede de ação civil pública com pedido de reparação de danos morais coletivos, que foi julgada improcedente. Porém, como é cediço, os motivos da decisão não fazem coisa julgada.

Assim dispõe o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

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

[...]

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

Constata-se que o conceito legal de abusividade é muito abrangente, englobando “a publicidade discriminatória de qualquer natureza”.

Discriminação é, de acordo com o Novo Dicionário Aurélio, “1. Ato ou efeito de discriminar. 2. Faculdade de distinguir ou discernir; discernimento. 3. Separação, apartação, segregação: discriminação racial. [...]”

Devido à amplitude do conceito de propaganda discriminatória, não existe consenso entre os profissionais da publicidade e os juristas.

Os órgãos de controle e o Poder Judiciário têm interpretado a norma, ao longo dos tempos, de modo a proteger a vulnerabilidade do consumidor, o que, no caso, abrange todo aquele que possa ter contato com a propaganda.

Um exemplo de interpretação é a Resolução nº 163 do CONANDA (Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente). Regulamentando o § 2º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual é abusiva a publicidade que “se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança”, a resolução proibiu todo tipo de propaganda destinada ao público infantil (menor de 12 anos).

Daí se verifica a interpretação protetiva do consumidor potencial que se tem dado à regra.

No caso dos autos, a propaganda de cerveja utiliza-se da figura de uma mulher para enaltecer a qualidade do seu produto. Para tanto, afirma que, se a fabricante da cerveja “fabricasse” a “Musa do Verão”, uma moça atraente vestindo um biquíni, essa seria distribuída a qualquer homem que se interessasse.

Com isso, cria a ideia de que a mulher em questão é um bem a ser produzido em série e livremente consumido pelos homens. Coisificando a mulher, a peça discrimina, separa, aparta os gêneros, tratando o sexo masculino como o consumidor e o feminino como o bem a ser consumido, que deve ser perfeito (a propaganda faz alusão a um exemplar da “Musa” que teria “vindo com defeito”) para satisfazer aos desejos dos consumidores.

A questão é de difícil solução.

Há, no caso, colisão entre direitos fundamentais: de um lado, a liberdade de expressão e de criação do anunciante¹; de outro, a proteção ao consumidor e à sociedade em geral contra a discriminação².

1 Inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.

2 Artigo 3º da Constituição Federal: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” Inciso XLI do artigo 5º: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.

Para solucionar o impasse, é preciso utilizar o critério do balanceamento, sopesando a necessidade de proteção aos direitos colidentes conforme as circunstâncias do caso concreto.

No caso, é preciso observar o contexto social em que o dilema se instalou e o impacto da publicidade em análise.

É certo que, em meados do século passado, era comum a veiculação de publicidade demeritória da imagem da mulher. Esse tipo de propaganda era aceita porque representava o pensamento da maioria da sociedade da época patriarcal e machista, na qual a mulher era vista como realizadora de todos os desejos dos homens, tanto os sexuais quanto os relativos aos serviços domésticos.

Com o passar dos anos, ampliou-se a diversificação social, surgindo variados grupos de minorias que possuem voz ativa e representação tanto social quanto política. A fragmentação social atual reflete-se em diversas áreas do conhecimento e repercute naquilo que é tido pela sociedade em geral como normal e necessário para a garantia de uma vida plural e rica em experiências e valores.

As minorias foram paulatinamente ganhando espaço; vejam-se as conquistas, antes impensáveis, como a união homoafetiva e as cotas raciais, hoje consolidadas pelo E. Supremo Tribunal Federal, não mais se tolerando ofensas e discriminações. Atualmente, a sociedade como um todo, ou ao menos a maior parte dela, parece entender a necessidade de se tutelarem esses grupos.

Nesse contexto, o feminismo tem acirrado sua luta pela igualdade de direitos.

No ano que passou, campanhas realizadas em redes sociais, como a “primeiro assedio” e a “meu amigo secreto”, tiveram estrondosa repercussão. Além disso, a mobilização das mulheres materializou-se em manifestações como as realizadas contra a aprovação da lei que dificultaria o acesso à pílula do dia seguinte.

Assim, mesmo que algumas celebridades ainda utilizem sua imagem física e sua sensualidade para se promoverem, é certo que há uma crescente conscientização a respeito da necessidade de se quebrarem estereótipos antiquados como o de que “mulher boa é bonita, burra e obediente”. As mulheres tem ganhado espaço no mercado de trabalho e no mercado consumidor, de modo que há cada vez mais campanhas publicitárias voltadas a esse público e que, inclusive, promovem a aceitação da mulher real, do corpo real.

Neste ponto, observa-se que o próprio profissional de *marketing*, hoje, deve considerar essa diversidade de público e a ascensão do mercado consumidor feminino.

Atualmente, há pesquisas indicando que parcela significativa (cerca de 1/3 a perto de metade) do mercado de cerveja brasileiro é formado por mulheres³. Por óbvio, uma campanha de indústria cervejeira deveria considerar e valorizar essa parcela considerável do seu mercado relevante.

Porém, questões mercadológicas à parte, a propaganda em questão é mesmo abusiva, pois, ao objetificar a mulher, tratando-a como produto que deveria ser distribuído pela fabricante de cervejas para consumo masculino, faz discriminação de gênero e ofende os valores de um nicho grande da população.

Observe-se que não se pretende aqui analisar a efetiva ofensividade da peça publicitária (pois cada consumidor potencial reagiria diferentemente à propaganda), mas, à semelhança do tratamento dado à publicidade infantil, busca-se coibir o potencial abusivo da mensagem.

Sabe-se que a propaganda visa a despertar o desejo de compra do consumidor, que, ao tomar contato com um anúncio, utiliza seu cérebro primitivo, dominado pelo instinto. Por essa razão há proteção legal contra os desvios nocivos da propaganda: a pessoa está mais sujeita a ser influenciada por uma peça publicitária do que por uma peça humorística, por exemplo, independentemente do conteúdo desta.

Deve mesmo ser garantida a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, como quer o inciso IX do artigo 5º da Constituição. Porém, essa liberdade é mais ampla quando não se refere à relação de consumo, em que há manifesta vulnerabilidade do consumidor.

E essa diferenciação se dá por dois motivos. Em primeiro lugar, porque qualquer pessoa pode ser involuntariamente exposta à propaganda, quando, por exemplo, assiste à televisão ou transita pela cidade, enquanto, com relação a obras de outras naturezas, em regra, o interessado deve buscar o contato. Em segundo lugar, porque, ao procurar assistir a uma peça humorística, por exemplo, o espectador está prevenido, preparado para o que há de vir, o que não ocorre com relação à propaganda, que, normalmente, é produzida de forma a acionar os instintos mais primitivos do consumidor, estimulando em seu espírito o desejo de compra⁴.

3 V. <<http://www.cervesia.com.br/dados-estatisticos/609-o-mercado-cervejeiro-brasileiro-atual-potencial-de-crescimento.html>>, <<http://epocanegocios.globo.com/Revista/Common/0,ERT280971-16355,00.html>> e <http://www.sophiamind.com/wp-content/uploads/SophiaMind_cerveja.pdf>.

4 Veja-se a disseminação dos estudos e da utilização de técnicas de neuromarketing.

Assim, sem desconsiderar o direito à liberdade de expressão do anunciante, é certo que deve prevalecer, no caso em análise, a necessidade de defesa do consumidor potencial contra a abusividade consistente na discriminação de gênero e na ofensa proferida contra parcela significativa da população.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para julgar improcedente a ação.

MOACIR PERES

Revisor

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

No que pesem os sólidos e eruditos fundamentos do respeitável voto condutor, enriquecidos pelas considerações tecidas pela culta revisoria, ousou divergir do desate para manter a sentença nos termos em que proferida.

Pesa, inicialmente, o fato de o mesmo comercial, levado à aferição do Judiciário por meio de ação civil pública movida pelo Ministério Público, em que se o taxou de violador da mesma norma com base na qual a apelada foi punida art. 37, § 2º, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ter sido reputado lícito, sem conteúdo enganoso ou, mais propriamente, abusivo. É o que cuidou de destacar a sentença ao transcrever fragmentos relevantes do voto do relator, Des. Enio Zuliani, proferido na Apelação nº 9000005-45.2009.8.26.0100.

Ora, se o Estado-jurisdição proclamou a licitude do comercial – ousado, sem sombra de dúvida –, não pode o Estado-administração, contrariando o pronunciamento jurisdicional passado em julgado, pretender ver prevalecer a sanção administrativa aplicada em virtude do mesmo fato e sob o mesmíssimo fundamento: ou há ilicitude ou não. E ficou assentado, no caso, não haver.

A douta maioria, entretanto, optou por reavaliar a questão. Foi lembrado, inclusive, que haveria prevenção desta C. Câmara, mercê do Agravo de Instrumento nº 990.10.113520-5. Com a devida vênia, tal não representa causa de desconstituição da coisa julgada anteriormente formada e que, por isso mesmo, há de ser acatada, constituindo, se tanto, fundamento para exercício de ação rescisória.

E o novo julgamento implicou decisão conflitante, contraditória à primeira, claramente apto a gerar a insegurança jurídica que compete ao Judiciário, primordialmente, afastar das relações socioeconômicas.

Só por isso, penso, o apelo não mereceria acolhida.

Não obstante o foi, motivo pelo qual passo a analisar o conteúdo de sobre-dito comercial.

Nele vi, a exemplo do Des. Zuliani, uma peça bem-humorada permeada de completo *non-sense* subjacente à absurda possibilidade de se reproduzir bela jovem, eleita “Musa do Verão de 2006” de modo a que cada sonhador pudesse tê-la não como uma figura distante, imaginária, mas como algo palpável, material, a seu alcance. Esforcei-me para não rir, mesmo, quando em sessão examinava a peça, pois não a conhecia (não sou dado a assistir televisão).

É bem verdade ser elástico o conceito de publicidade abusiva. É aquela que não se qualifica como enganosa, sendo indeterminado seu conceito jurídico, “que deve ser preenchido na construção do caso concreto” (Alberto Pasqualotto), “levando-se em conta, nomeadamente, os valores constitucionais básicos da vida republicana” (Vidal Serrano Nunes)⁵. Nem por isso, *data venia*, seu julgamento deve dissociar-se da realidade: é fato que, nas praias, os trajes femininos são cada vez mais sumários. É fato ser o ideal da musa componente do imaginário masculino e isso desde tempos bem antigos. O que fez o comercial sob julgamento? Transpôs ao mundo da publicidade essa realidade de nossos balneários ao onírico do público destinatário da mensagem, em filme de grande impacto por sua originalidade, irradiada da intensa dose de criatividade com que se houveram seus autores. Publicitários que bem souberam sintetizar esses fatores em peça recheada pelo BOM humor característico da picardia do brasileiro associado à alegria imanente a reuniões em cervejarias: *in vino veritas...*, *in cervisia felicitas!* E o que se faz ao punir o anunciante com pesada multa é, justamente, cercear essa criatividade, inerente à liberdade de expressão garantia fundamental consagrada na Constituição – mediante ato de censura econômica, apenas porque alguns viram a ousadia como ofensa à condição feminina. Definitivamente, não foi essa minha leitura.

Longe disso, vejo a situação em muito assemelhada à analisada por esta mesma câmara na Apelação nº 558.085-5 (atual 0160851-09.2006.8.26.0000), sob a batuta do Des. Nogueira Diefenthäler, ***mutatis mutandis***:

[...] não há como se falar que a peça publicitária autuada tenha conteúdo discriminatório, incite violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite os valores ambientais ou, até mesmo, que induza o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa, tanto à sua saúde ou segurança. Ademais, nem mesmo poderia cogitar-se ofensas à saúde ou integridade do animal envolvido o que poderia cogitar-se numa ofensa a valores ambientais.

Trata-se, sim, de comercial com nítido intuito jocoso, em que o adulto, crenedo na ingenuidade do primata, vê-se surpreendido com a ação do animal, que não só reprime sua ação errônea como demonstra possuir inteligência suficiente para notar que o recipiente encontrava-se vazio. É a clássica situação de humor, em que aquele que se julga “esperto” acaba por fazer papel de “bobo” diante da reação da pessoa alvo de sua ação.

5 Grinover, Ada Pellegrini, e.o., “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto, 9ª Ed., Forense Universitária, 2007, pgs. 350/4.

E este foi o intuito da propaganda, demonstrar, com humor, que o macaco possui muito mais inteligência do que o ser humano imagina, a ponto de revidar a ação tomada pelo humano.

Não há incitação à violência, incentivo em alimentar os animais, danos ambientais ou outras ações que possam implicar a subsunção ao disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, mas sim, e tão somente, a criatividade dos publicitários brasileiros, que possuem grande destaque no mercado internacional justamente por cultivarem o bom humor e a inteligência das peças que criam.

Acatar a tese defendida pelo recorrido acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2º do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor, a ponto de limitar sobremaneira a criatividade da publicidade (g.n.).

E vou além: acatar a tese defendida pela apelante significa ferir de morte a publicidade brasileira, instigando seus agentes a ousar apenas em cenários neutros, com locutores trajados formalmente e textos cuidadosamente revistos a fim de que suscetibilidade alguma possa vir a ser ferida, sob pena de pesadas sanções. Claro cenário de materialização da pior das censuras: a autocensura!

Peço *venia* para ficar vencido.

COIMBRA SCHMIDT

3º Juiz

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes nº 0005431-07.2010.8.26.0053/50000, da Comarca de São Paulo, em que é embargante COMPANHIA DE BEBIDAS DAS AMERICAS – AMBEV S/A, é embargado FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON/SP.

ACORDAM, em 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Por maioria de votos, rejeitaram os embargos infringentes, vencido o Quinto Juiz, que declarará. Sustentou oralmente, em favor da embargante, o Dr. Victor Lamas”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores COIMBRA SCHMIDT (Presidente), EDUARDO GOUVÊA, LUIZ SERGIO FERNANDES DE SOUZA E MOACIR PERES.

São Paulo, 8 de agosto de 2016.

MAGALHÃES COELHO

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Voto nº 33.046

Embargos Infringentes nº 0005431-07.2010.8.26.0053/50000

Comarca de São Paulo

Embargante: Companhia de Bebidas das Americas – Ambev S/A.

Embargado: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor – PROCON/SP

EMBARGOS INFRINGENTES – Divergência quanto a ser ou não discriminatória a propaganda “Musa do Verão” veiculada pela AMBEV em 2006. Propaganda que fere o artigo 37, § 2º do CDC por ser discriminatória em relação à mulher – Mantido o voto vencedor. Recurso desprovido.

I - Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Ambev S/A com o objetivo de ver anulada multa imposta pelo PROCON/SP em razão da veiculação, durante o verão de 2006, do anúncio televisivo da cerveja Skol, denominado “Musa do Verão” porque discriminatória contra o gênero feminino em violação ao artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor.

II - O juízo *a quo* julgou procedente o pedido, pois em Ação Civil Pública de nº 9000005-45.2009.8.26.0100 ajuizada pelo Ministério Público em face da autora, restou decidido que não teria ficado claro o propósito de mercantilizar gênero ou grupo social, a ponto de causar dano moral coletivo.

III - Foi interposto recurso de apelação pelo PROCON/SP e as contrarrazões foram também apresentadas.

IV - O recurso de apelação foi então provido, por maioria de votos, determinando-se, assim, a manutenção da multa aplicada pelo PROCON/SP à AMBEV S/A.

V. Inconformada, a AMBEV S/A opôs os presentes embargos infringentes.

VI. Foram, ainda, apresentadas contrarrazões ao recurso pelo PROCON/SP.

É o relatório.

Trata-se de ação ordinária interposta por AMBEV S/A com o objetivo de ver anulada multa imposta pelo PROCON/SP em razão da veiculação, durante o verão de 2006, do anúncio televisivo da cerveja Skol, denominado “Musa do Verão” porque discriminatório contra o gênero feminino em violação ao artigo 37, §2º do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme relatado, em primeira instância o pedido foi julgado procedente determinando-se a anulação da multa imposta pelo PROCON, pois a magistrada entendeu, tal como compreendeu o Desembargador Ênio Zuliane no julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100 que a propaganda não teve a intenção de mercantilizar a mulher e, sendo assim, não seria abusiva porque não discriminatória.

Todavia, em sede de recurso de apelação, a sentença foi reformada por maioria de votos, a fim de que fosse mantida a multa imposta contra a AMBEV S/A.

O voto vencedor de relatoria do Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza, acompanhado pelo Desembargador Moacir Peres em voto convergente, entendeu que: (a) não havia que se falar em coisa julgada, pois o objeto da Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público dizia respeito à reparação de danos morais coletivos e, assim, não coincidia com o objeto da presente ação, qual seja, a anulação de multa imposta pelo PROCON/SP em razão de ser a propaganda discriminatória em relação ao gênero feminino; (b) *o argumento da peça publicitária é mais do que infeliz, pois coisifica a mulher, servindo-a, mediante entrega, para desfrute do consumidor*. Sendo assim, há nela discriminação do sexo feminino, a justificar a lavratura do auto de infração e a imposição de multa com fundamento no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor; (c) a fixação da pena-base não se fez de maneira arbitrária, observando-se os parâmetros estabelecidos na Portaria nº 23/2005 do PROCON/SP, vigente à época dos fatos.

Por fim, condenou a autora ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) nos termos do § 4º, artigo 20 do CPC/73.

De outro lado, o Desembargador Coimbra Schmidt, em voto vencido, entendeu pela improcedência do recurso de apelação. Em sua visão: (a) o Judiciário já teria se manifestado sobre a questão quando do julgamento da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100, oportunidade em que o Desembargador Ênio Zuliane entendeu se tratar a propaganda de peça bem humorada sem qualquer conotação discriminatória. Assim, em nome da segurança jurídica, seria o caso de anular a multa imposta pelo PROCON/SP por ausência de ofensa ao artigo 37, § 2º do CDC; (b) acatar a tese de que teria havido discriminação do gênero feminino na propaganda acabaria por dar uma interpretação excessivamente extensiva ao disposto no § 2º do artigo 37 do CDC, assim como representaria ferir de morte a publicidade brasileira, instigando agentes a ousar apenas cenários neutros, com locutores trajados formalmente e com textos cuidadosamente revistos.

Diante do julgamento não unânime, a autora, com base no artigo 530 do CPC/73, opôs os presentes embargos infringentes alegando, em síntese, que deve

prevalecer o voto vencido porque: (a) a questão debatida nestes autos está acobertada pela coisa julgada, tendo em vista a decisão proferida por este mesmo E. Tribunal de Justiça nos autos da Ação Civil Pública nº 9000005-45.2009.8.26.0100 que concluiu pela inexistência de discriminação do gênero feminino e, portanto, pela não ocorrência de dano moral coletivo; (b) a divergência de opiniões dos diversos julgadores é suficiente para que se prestigie a liberdade criativa e de expressão, afastando-se a penalidade imposta pelo PROCON/SP; (c) nem o mais ingênuo dos consumidores pensa que a veiculação é real e que pode adquirir uma mulher clonada. Sustenta que se qualquer comercial puder ser sancionado sempre que alguém entender, subjetivamente, que fere algum preceito a ser seguido, se abrirá um perigoso precedente contra a liberdade de expressão. Sendo assim, não se pode dar interpretação excessivamente extensiva ao disposto no artigo 37, § 2º do CDC; (d) a propaganda foi interpretada pela população como divertida, engraçada, bem-humorada e criativa. E, em se tratando de propaganda, não haveria que ser diferente, pois ela nada cria. Apenas concebe um cenário de *mentirinha* para que o produto seja vendido.

Por fim e, subsidiariamente, requer a redução do valor da multa.

Analisando-se a sentença de primeira instância juntamente com os votos proferidos em sede de recurso de apelação, pode-se concluir que a divergência entre os julgados e, portanto, a matéria a ser tratada neste recurso diz respeito: (a) a saber se a decisão proferida em sede de Ação Civil Pública faz coisa julgada em relação à presente ação; (b) se a propaganda “Musa do Verão” veiculada no ano de 2006 tem ou não caráter discriminatório e, portanto, se viola o artigo 37, § 2º do CDC.

Os embargos não procedem, devendo prevalecer o voto vencedor do Desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza que, importante destacar, proferiu decisão que não comporta reparos.

Quanto à primeira questão a ser dirimida neste voto, entendo como apontado no voto vencedor, que não há que se falar em coisa julgada.

Para afastar essa alegação não seria necessário muito mais, a não ser esclarecer que nos termos da legislação processual aplicável ao caso, Código de Processo Civil de 1973, tem-se que a coisa julgada terá lugar quando o juiz estiver diante de uma mesma lide (art. 471, CPC/73), ou seja, desde que exista absoluta coincidência entre as partes, pedido e causa de pedir de ambas as lides.

No caso, como apontou o PROCON/SP em suas contrarrazões, temos de um lado uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público enquanto substituto processual da coletividade em face da AMBEV S/A, cujo pedido era o de indenização por danos morais coletivos em decorrência da veiculação da propaganda

“Musa do Verão”. De outro lado, temos ação ajuizada pela AMBEV S/A em face do PROCON/SP, cujo pedido é o de anulação de multa por violação do artigo 37, § 2º do CDC em razão da veiculação da propaganda “Musa do Verão”.

De fato, entre as lides, a causa de pedir é a mesma. No entanto, nem as partes nem os pedidos coincidem. Já por essa razão, seria inviável o reconhecimento da coisa julgada no caso.

No entanto, há ainda outra razão.

O Código de Processo Civil de 1973 em seu artigo 470, dispunha que a questão prejudicial apenas faria coisa julgada na hipótese da parte assim o requerer. Logo, ainda que as partes tenham aderido à sugestão da juíza de primeiro grau no sentido de suspender o processo enquanto decidida a Ação Civil Pública acima referida, não há que se falar em coisa julgada para a presente ação, já que nenhum pedido nesse sentido foi feito pela AMBEV S/A.

No mais, a própria legislação aplicável ao processo coletivo dá conta de que a ação coletiva não induz litispendência ou coisa julgada em relação a ações individuais, salvo se versar sobre interesses individuais homogêneos, quanto aos lesados que intervieram na ação (art. 104, CDC e art. 22, §1º, da Lei 12.016/09).

Sendo assim, afasto o reconhecimento da coisa julgada ressaltando, inclusive, que, justamente por não serem a mesma lide, não haverá também qualquer violação à segurança jurídica se as decisões nelas proferidas forem distintas.

Feitas estas colocações, sigo para a análise do mérito, a fim de verificar se a propaganda veiculada era abusiva e se, portanto, deve ser mantida a multa aplicada pelo PROCON/SP.

De um lado, o PROCON/SP sustenta a tese de que a propaganda veiculada pela AMBEV S/A durante o verão de 2006 era abusiva porque discriminatória em relação ao gênero feminino. De outro lado, a autora da ação, para quem abusividade não há.

Assim e desde logo, têm-se como medida indispensável para o bom julgamento que se traga para o corpo desta decisão o conceito de abusividade da propaganda. Nesse sentido, enuncia o § 2º do artigo 37 do CDC que:

[...] é abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Ora, conforme se depreende da leitura retro, será abusiva toda propaganda **discriminatória**, ou seja, considera-se abusiva a propaganda que, injustifi-

cadamente, concede tratamento diferenciado àqueles que devem ser tratados igualmente.

Pois bem. Se é abusiva, por determinação legal, toda propaganda que traz em si qualquer espécie de discriminação, resta-nos indispensável saber se a peça publicitária veiculada – **na qual mulheres eram produzidas em série, em trajés sumários, vendidas para consumidores homens, transportadas como objetos por uma empresa de logística composta de homens e entregues para homens no local indicado** – era discriminatória ou não.

Como se vê, uma análise objetiva da propaganda, ou seja, a simples descrição das cenas que a compõem, deixa patente que nela há duas figuras principais: a do homem sujeito/consumidor e a da mulher objeto/produto a ser consumido. O homem na propaganda é não apenas o “inventor” do produto “Musa do Verão” como também é o seu destinatário final. Nela, a figura da mulher é equiparada à de uma garrafa de cerveja, na medida em que a propaganda sugere que se o “cara” que inventou a cerveja skol houvesse também inventado a “Musa do Verão” ela seria assim: linda e acessível a todos que, evidentemente, pudessem pagar por ela.

Talvez a transformação da mulher no produto “Musa do Verão” não seja suficientemente chocante num mundo capitalista, onde as relações sociais são mediadas pelas mercadorias e no qual se busca dar valor a tudo.

Todavia, embora aceite o mundo em que vivemos, entendo que a dignidade humana não pode equivaler a uma garrafa de cerveja, razão pela qual a coisificação da mulher na propaganda tem, a meu ver, cunho discriminatório.

A discriminação está, portanto, no tratamento desigual que é concedido ao homem e à mulher. O homem é posto como sujeito, como aquele que detém o controle não apenas da produção como também do consumo da “Musa do Verão”. À mulher, por conseguinte, é reservado o papel de produto, isto é, de coisa sem qualquer autonomia e que pode ser valorado apenas pela sua aparência. Não fossem estes os papéis reservados ao homem e à mulher na propaganda, não teria lugar a conclusão de que uma das “musas” estava com “defeito” por ter “vindo com bigode”.

Alega a autora, no entanto, que esta conotação discriminatória da propaganda não ficou clara à população que a compreendeu como sendo cômica e inofensiva para a mulher. Alega mais: que a mulher há muito deixou de ser o “sexo frágil” e que sua posição na sociedade já está equiparada à do homem.

Equivoca-se duplamente a autora.

De um lado, porque é certo que a propaganda, assim como toda e qualquer linguagem, comporta diversas interpretações. Sendo assim, não ignoro a

possibilidade de que algumas pessoas tenham encontrado um sentido cômico na mensagem por ela transmitida. Todavia, não entendo ser tolerável que, sob o pretexto da comédia, a publicidade preste-se ao papel de fortalecer preconceitos e estereótipos que, apesar dos esforços em combatê-los, insistem em permanecer na sociedade brasileira.

Nós somos a sociedade que se sentiu perplexa e revoltada com a presença do pensamento de Simone de Beauvoir na prova do Enem de 2015.

Nós somos a sociedade que paga salários menores às mulheres; concede menos oportunidades de empregos formais às mulheres; tem uma proporção menor de mulheres nas escolas quando comparadas aos homens¹.

Nós somos a sociedade que, aos olhos da ONU, ainda se deve esforçar muito para alcançar a igualdade de gêneros e que deve preocupar-se com os perigos relacionados ao uso dos estereótipos femininos no campo da publicidade. Nas palavras do relatório endereçado ao Brasil em 2002 pela ONU:

É importante enfatizar que os perigos ligados ao uso de estereótipos estão ligados ao senso comum e ao uso disseminado deles na sociedade brasileira. Os estereótipos geram dois grandes problemas: (1) a publicidade que usa a imagem da mulher como associada a produtos que têm como alvo os homens, tais como anúncios de cerveja, carros, etc;

(2) a reprodução na mídia (novelas, shows, etc.) de mitos ligados a violência doméstica, prostituição, etc.²

Por isso, não há espaço para propagandas que, sob o pretexto de criarem cenários de *mentirinha* ou de serem cômicas, reafirmam preconceitos, abrem feridas e estimulam comportamentos sociais que fazem do nosso país um dos mais inóspitos às mulheres no mundo³.

1 Estes são dados disponíveis no livro publicado em 2010 pelo Sistema Nacional de Informações de Gênero (SNIG), que faz parte do Programa de Estatísticas de Gênero no IBGE, analisou dados a partir de indicadores de desigualdades de gênero.

2 Tradução livre do texto no original: It is worth emphasizing that the issues involving stereotypes are linked to common sense and strongly disseminated in the Brazilian society. They give rise to two serious problems: 1) the marketing of the image of woman and women as a commodity associated with products that have men as their target audience (beer, cars, etc.); 2) the reproduction in media entertainment shows (soap operas, live shows, etc.) of the same consumption patterns or the maintenance of myths related to sexual and domestic violence, prostitution, etc. (p. 86 do Relatório da CEDAW para o Brasil de 2002).

3 “Ponderamos que a ideologia do patriarcalismo e sua expressão machista disseminada de forma explícita ou sub-reptícia na cultura, nos meios de comunicação e no Sistema de Justiça Criminal reforça determinados padrões de conduta que muitas vezes levam à violência de gênero e, em particular, aos estupros. Tal fenômeno assume uma dimensão preocupante no Brasil, tendo em vista não apenas as suas consequências, de curto e longo prazo, sobre as vítimas, mas sobre a sociedade em geral. Além das perdas de produtividade, a

A discriminação da mulher no Brasil não está no passado. Ela é um desafio do presente.

Quando Simone de Beauvoir afirmou em sua célebre obra “O Segundo Sexo” (de 1949) que não se nasce mulher, mas torna-se mulher, ela quis justamente expor que não há naturalidade alguma na condição feminina como sendo o “outro” do masculino. Apontou para o fato de que a posição de inferioridade imposta à mulher não era um dado da natureza, mas sim uma construção social. Há, nesta bela conclusão algo de libertador, pois bastaria a consciência a respeito desta artificial inferioridade para que a mulher pudesse descobrir-se enquanto ser autônomo e independente do homem.

É preciso ainda trilhar o caminho desta libertação da mulher. Para tanto, é imperioso combater discursos, tais como o posto na propaganda em questão que vai de encontro à emancipação feminina.

E, registre-se, com todo respeito, que a meu ver, ao contrário do que pensa o Desembargador Coimbra Schmidt, a manutenção da multa imposta pelo PROCON/SP à AMBEV S/A não equivale a ferir de morte a propaganda brasileira que, diga-se de passagem, é infinitamente melhor do que o que se viu na “Musa do Verão” em 2006.

Há pouco, a publicidade brasileira conquistou 90 leões no Festival Internacional de Publicidade Cannes Lions 2016. Dentre eles, o trabalho “Songs of Violence” da FCB Brasil para o Estadão Digital informava aos usuários do aplicativo de celular “Shazam”, sobre músicas com conteúdos ligados à violência ou que poderiam incitar o abuso contra a mulher.

Como se vê, a experiência nos mostra que há bons exemplos de propagandas inteligentes, inventivas e divertidas que apontam para a direção inversa da que a publicidade veiculada pela autora apontou.

Por isso, repito, a propaganda jamais será ferida de morte no dia em que deixar de tratar a mulher como um bem a ser consumido pelo homem.

Na realidade, a persistência da propaganda como sendo o meio mais eficaz de venda de um produto ou da reafirmação da marca não deixarão de existir enquanto estivermos vivendo numa sociedade capitalista, regida pelo lucro e caracterizada pelo consumo.

violência que nasce, sobretudo, dentro dos lares, reforça um padrão de aprendizado, que é compartilhado nas ruas.” Esta é a conclusão de estudo produzido pelo IPEA em 2014 sobre o estupro no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>

Finalmente, entendo também que não há qualquer exagero ou ilegalidade no montante fixado pelo PROCON/SP a título de multa pela propaganda abusiva. O montante foi corretamente estipulado pelo PROCON/SP.

Daí o porquê, pelo meu voto, rejeito os Embargos Infringentes, a fim de manter os votos vencedores.

MAGALHÃES COELHO

Relator