

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital - SP

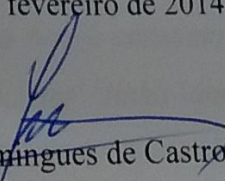
Processo nº 0010824-73.2011.8.26.0053 – Ordem nº 1929/2003
Ação Anulatória de Ato Administrativo com Pedido de Liminar e Antecipação de Tutela

PEPSICO DO BRASIL LTDA., por seu advogado, nos autos da ação anulatória de ato administrativo movida contra a **FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR – PROCON/SP** vem respeitosamente à presença de V.Excia. responder aos termos da apelação de fls. 543/575 através das **CONTRARRAZÕES** que acompanham a presente, requerendo sua juntada e remessa ao E. Tribunal de Justiça [preventa a e. 8ª Câmara de Direito Público em virtude do AI-0095302-76.2011.8.26.0000].

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.


Guilherme Domingues de Castro Reis
OAB/SP-128.329

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
(preventa a e. 8ª Câmara de Direito Público)

Apelante: Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor - Procon-SP
Apelada: PEPSICO DO BRASIL LTDA.
Dados da origem:
Proc. nº 0010824-73.2011.8.26.0053 - Ordem nº 1929/2003
7ª Vara da Fazenda Pública

CONTRARRAZÕES DE APELAÇÃO

Eméritos Julgadores,

1. O pleito recursal é descabido devendo ser mantida a r. sentença de fls. 543/575 proferida pelo **Dr. Emílio Migliano Neto**, Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital, por seus próprios e jurídicos fundamentos, cujos principais trecho ora se transcreve, *in verbis*:

“...Denota-se das provas acostadas aos autos (fls. 23/383), que essas recomendações pertinentes ao anúncio dirigido à criança e ao jovem foram respeitadas no caso em tela, tendo tido inclusive prazo certo de duração, com o fim de evitar a associação do produto “Elma Chips” aos brindes oferecidos pela publicidade.

Ademais, as práticas de promoções de produtos comercializados atrelados a brindes são reconhecidas no mercado em geral e encontram respaldo no próprio instituto da livre concorrência e da livre iniciativa.

Por derradeiro, ressalta-se que não houve consumo excessivo do produto ora versado, pois o “salgadinho 'Cheetos' tinha um share (anglicismo para participação de mercado) de 23% até o início da promoção 'Cheetos com Surpresa', quando o share caiu para 22%, de 23% de mercado no último mês da venda dos brindes.” Conclui-se, então, que a “a promoção 'Cheetos com Surpresa' não foi um sucesso estrondoso de venda em razão dos brindes ofertados (...)” (fls. 501/502).

Dessa maneira, com amparo em dispositivo infraconstitucional e entendimento jurisprudencial, a demanda objeto possui assento normativo formal característico de sua viabilidade. Posto isso, com fundamento no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, julgo a presente ação procedente que move PEPSICO DO BRASIL LTDA. em face da FUNDAÇÃO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR PROCON/SP., tão somente para anular a penalidade, bem como os seus efeitos, com o consequente arquivamento do procedimento administrativo nº 586/2008, confirmando-se os efeitos da tutela antecipada deferida de fl. 385. Pela sucumbência experimentada, condeno a ré ao pagamento das custas e despesas e dos honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 15.000,00. Após interposições e processamentos de eventuais recursos voluntários, para o reexame necessário, subam os presentes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça, devendo ser observada a prevenção da Colenda 8ª Câmara de Direito Público, ficando desde já consignadas nossas homenagens aos eminentes Desembargadores que a integram...".

2. Ao contrário do que sustenta o PROCON/SP, a promoção veiculada pela apelada e denominada de "**Cheetos com Surpresa**" teve a sua legalidade aferida por esta E. Corte por ocasião do julgamento da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual, em voto condutor da lavra do Exmo. Des. Relator SOUSA LIMA (Apel.990.10.282755-0):

"...Considerando estes exemplos, verifica-se que o fornecimento dos minúsculos chaveirinhos exigidos a fls.568, dentro das embalagens dos salgadinhos vendidos pela ré, longe está de configurar a venda casada proibida pelo ordenamento jurídico. Esses chaveirinhos, aliás, sem nenhum valor comercial, receberam, na decisão judicial notificada a fls.776, a justa definição de 'absolutamente ridículos', 'algo de valor irrisório', 'bagatela'. Constituem eles, sem dúvida alguma, estratégia de marketing voltada ao incremento das vendas, o que não é proibido, mas, pelo contrário, adotado em inúmeros outros produtos direcionados ou não ao público infantil. Tome-se, por exemplo, as figurinhas de jogadores de futebol, que antigamente eram comercializadas

juntamente com balas de caramelo, isso sem contar, mais recentemente, com a propaganda feita por outras empresas de renome, como a Nestlé, a Sadia, a Bauducco (fls. 660/680). Assim, os tais chaveirinhos incentivam mesmo a venda dos salgadinhos, mas essa prática não configura venda casada nem é proibida por não constituir publicidade enganosa ou abusiva, segundo a definição do art. 37 do Código de Defesa do Consumidor. Em primeiro lugar, não se trata de propaganda falsa ou capaz de induzir o consumidor em erro, pois ele sabe que está adquirindo um produto bem conhecido no mercado e com características próprias e indicadas na embalagem. Depois, não tem ela natureza discriminatória, não incita a violência, não explora o medo ou a superstição e não desrespeita valores ambientais. O que ocorre com o produto da ré também ocorre com a quase totalidade dos produtos alimentícios industrializados, que são ricos em substâncias que, ingeridas sem controle, são nocivas à saúde, como, por exemplo, as gorduras saturadas, a gordura trans, o sódio e as essências e colorantes artificiais. É o que acontece, por exemplo, com as sopas preparadas, com as carnes enlatadas, com os embutidos, com os biscoitos crocantes e com os salgadinhos de todo tipo. Providências têm sido tomadas pelas autoridades sanitárias..., mas em relação às crianças, nada substitui a orientação e a autoridade paternas com vistas à redução do consumo de produtos não saudáveis e que possam provocar a obesidade infantil. Assim, condenar a comercialização do produto da ré, ainda que indiretamente, sem condenar os similares que se encontram à venda, não tem o menor cabimento, sem contar que isso não foi objeto de pedido expresso... A improcedência da ação, portanto é de rigor. 1º de dezembro de 2010...".

3. Abstraindo-se o fato de que anunciar e fazer publicidade para os destinatários de um determinado produto posto no mercado constitui direito legítimo e que nada tem de ilícito, é preciso lembrar que a apelante não comercializa produtos nocivos à saúde ou perigosos.

4. Não custa lembrar que se a razão da multa de meio milhão é “o consumo excessivo” dos salgadinhos pelas crianças, então inexistente infração às leis do consumo ou propaganda abusiva – e nem mesmo o auto de infração suportou sua

conclusão com evidências fáticas, provas ou indícios - de um único relato de criança, até adulto, que tenha tido problemas de saúde após ingerir "excessivamente" o cereal de milho assado da marca *Cheetos*.

5. E - ainda mais Absurdo !, - cogitar que algum problema de saúde possa ter ocorrido porque o incauto consumidor queria porque queria completar, "ansiosamente", a coleção de dez chaveiros do *homem-aranha* e *Hello Kitty* em um único dia.

6. A fundamentação da apelante para a alegada infração está baseada em um caso julgado pela Suprema Corte da Califórnia- alienígena -, e pesquisas estrangeiras que não se aplicam ao consumidor, diante de seus hábitos de alimentação e educação diferenciadas daqueles países.

7. O consumidor típico brasileiro não consome salgadinhos em excesso ou como substituto das refeições, sendo certo que essa escolha pouco provável não seria comportamento habitual ou assíduo, mas excepcional ou patológico do indivíduo, o qual, nessa situação, poderia muito bem intoxicar-se com sucos, pães, açúcar, doce em composta e até mesmo com água.

8. A Euromonitor, uma das principais agências do mundo em inteligência e pesquisa de mercado internacional, constatou que o consumo per capita de salgadinhos de todos os países, com exceção da Argentina, supera o do Brasil, valendo destaque para o fato de que, no caso dos EUA, o consumo é 10 vezes superior ao do Brasil. No tocante ao crescimento da categoria, nota-se que o Brasil está defasado em relação aos demais países aqui citados¹.(g.n.)

9. Fosse uma criança o sujeito deste "desejo compulsivo e aquisição de salgadinhos" em busca dos chaveiros do *homem-aranha* e *Hello Kitty* firme negativa caberia não ao fabricante, mas aos pais, a quem incumbe o papel

¹ Fonte: www.eromonitor.com.

10. A responsabilidade dos pais em impor limites, educar e cuidar dos seus filhos não só ocorre na aquisição de qualquer produto alimentício, como também na aquisição de qualquer outro produto direcionado a criança lançado no mercado, como coleção de bonecas, coleção de carrinhos, jogos eletrônicos, etc... A imposição de limites pelos pais também está associada à vida futura da criança. Assim, não é plausível dizer que promoções veiculadas pela apelante nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados caracterizam venda estratégica comercial manipuladora.

11. Daí porque inexistente risco – salvo aquele comum e inerente a todos os produtos alimentícios – de problemas de saúde pelo consumo de salgadinho de milho, em razão dos chaveiros do *Homem-Aranha* e *Hello Kitty* que foram comercializados pela agravada. E, da inexistência de dano ao consumidor pelo consumo de produto decorre, evidentemente, a legalidade da oferta de *Cheetos com Surpresa* (igual a tantos outros produtos, tradicionalmente ofertados com brindes, como o *kinder ovo*, o *chocolate surpresa*, o *chiclete plock monster*, etc) pelo que a multa não procede.

12. Equivoca-se a apelante ao sustentar que “tais brindes despertam no público infantil um desejo autônomo de aquisição”, fato que conduz a um aproveitamento da “deficiência de julgamento e experiência da criança” pela agravada. Trata-se de uma premissa que não se sustenta, justamente porque constitui uma abstração da realidade: afinal, qual criança vai sozinha ao supermercado e compra, com o dinheiro produto do seu trabalho, ou quiçá da sua mesada, 10 pacotes de salgadinhos e, pior que isso, os come todos de uma só vez, só por causa de chaveiros? Nem os pais se deixam seduzir pelo canto da sereia ou pelas manhas de seus filhos.

educar e cuidar das crianças, além é claro, de fornecer o substrato financeiro para a aquisição dos gêneros alimentícios e demais condições necessárias à subsistência do dependente. Sem o curso deles que, pelos arts. 932, I e 933 do Código Civil, respondem objetivamente pelos filhos, nada disso seria possível.

10. A responsabilidade dos pais em impor limites, educar e cuidar dos seus filhos não só ocorre na aquisição de qualquer produto alimentício, como também na aquisição de qualquer outro produto direcionado a criança lançado no mercado, como coleção de bonecas, coleção de carrinhos, jogos eletrônicos, etc.... A imposição de limites pelos pais também está associada à vida futura da criança. Assim, não é plausível dizer que promoções veiculadas pela apelante nas embalagens dos produtos alimentícios comercializados caracterizam venda estratégica comercial manipuladora.

11. Daí porque inexistente risco – salvo aquele comum e inerente a todos os produtos alimentícios – de problemas de saúde pelo consumo de salgadinho de milho, em razão dos chaveiros do *Homem-Aranha* e *Hello Kitty* que foram comercializados pela agravada. E, da inexistência de dano ao consumidor pelo consumo de produto decorre, evidentemente, a legalidade da oferta de *Cheetos com Surpresa* (igual a tantos outros produtos, tradicionalmente ofertados com brindes, como o *kinder ovo*, o *chocolate surpresa*, o *chiclete plock monster*, etc) pelo que a multa não procede.

12. Equivoca-se a apelante ao sustentar que “tais brindes despertam no público infantil um desejo autônomo de aquisição”, fato que conduz a um aproveitamento da “deficiência de julgamento e experiência da criança” pela agravada. Trata-se de uma premissa que não se sustenta, justamente porque constitui uma abstração da realidade: afinal, qual criança vai sozinha ao supermercado e compra com o dinheiro produto do seu trabalho, ou quiçá da sua mesada, 10 pacotes de salgadinhos e, pior que isso, os come todos de uma só vez, só por causa de chaveiros. Nem os pais se deixam seduzir pelo canto da sereia ou pelas manhas de seus filhos.

13. Se cada um de nós, foi criança um dia, então não é preciso ir longe para revolver a memória que ninguém comprava de uma só vez 30 exemplares de chocolates *surpresa* para completar o álbum de figurinhas de animais do Pantanal, como também não se gastava fortunas com gomas de mascar, só para colecionar as tatuagens e adesivos de monstros da marca "Plock Monter", ou brinquedos secretos denominado "Kinder ovo". Se algum de nós são pais sabe que ao educar os filhos impomos limites na aquisição de salgadinhos e guloseimas em geral, como também em brinquedos. Não deixamos as crianças comerem fora de horário, não deixamos comer guloseimas antes das principais refeições e em substituição as refeições, estipulamos dias e horários para o consumo de guloseimas e refrigerante.

14. Além disso, beira o absurdo e irreal o entendimento de que as crianças são autônomas e não dependem de subsídios econômicos e imateriais de seus pais para adquirir bens de consumo. Cabe a estes, responsáveis legais pela educação e sustento dos filhos, ao revés, impor tais regras.

15. A propaganda de produto voltado ao público infantil não é, por si só, no Brasil, ilegal, arbitrária ou abusiva, como, aliás, decidiu o ilustre Magistrado "a quo", na esteira do que preconizou este E. Tribunal de Justiça no julgamento da apelação 990.10.282755-0.

16. Como acima explicitado, as promoções para venda de produtos com brindes não constituem novidade alguma e nunca foram reputadas ilegais no Brasil. Anunciar e fazer publicidade para os destinatários de um determinado produto posto no mercado constitui direito legítimo do anunciante, sendo certo que a agravada respeitou todos os artigos do Código de Auto-Regulamentação Publicitária do CONAR e legislações correlatas direcionadas a proteção das crianças.

17. A apelada tem uma marca consolidada há muitos anos, seus produtos são reconhecidos pelo público consumidor sem a necessidade de atrelá-los a

qualquer outra marca, sendo inverídica a acusação de que o consumidor compra o produto para ter direito a um brinde. A marca "Elma Chips" é reconhecida pelo Conselho Superior do Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI, como marca notória pela qualidade, reconhecimento e reputação de seus produtos em todo território nacional.

18. O salgadinho "Cheetos" tinha um share (anglicismo para participação de mercado) de 23% até o início da promoção "Cheetos com Surpresa", quando o share caiu para 22%, de 23% de mercado no último mês da venda dos brindes. A promoção "Cheetos com Surpresa" não foi um sucesso estrondoso de venda em razão dos brindes ali ofertados, como sugeriu equivocadamente a apelante.

19. A marca "Elma Chips" é a líder dentro de seu segmento de mercado, está presente em mais de 30 países, tendo o salgadinho "Cheetos" sido introduzido no portfólio da apelada em meados de 1976, ou seja, há 36 anos. Durante este período foram feitas inúmeras campanhas publicitárias, seguindo a prática do mercado e respeitando a legislação, com o intuito de aproximar o consumidor não apenas do salgadinho "Cheetos", mas de toda linha de produtos comercializados pela "Elma Chips", com o lançamento de figurinhas colecionáveis, cards, adesivos, tatuagens que saiam com água, cordões, etc, tudo entregue ao consumidor na forma de brindes, através de campanhas publicitárias que assim, como aqui se discute, tinham prazo certo de duração, tudo para evitar que se atrele o produto "Elma Chips" aos brindes oferecidos pela publicidade. Essas promoções nunca foram práticas exclusivas da apelada, mas sim, um prática costumeira de mercado.

20. Dentro dessa linha, a apelada lançou, por prazo limitado, no início de dezembro de 2006, a linha "Cheetos com Surpresa", promoção temática série *Hello Kitty* e *Homem-Aranha* já não mais comercializadas, cuja concepção da campanha publicitária não fugiu em nada ao modelo de outras empresas do mercado. Aliás, todas as promoções da Elma Chips têm prazo certo de duração, evitando,

exatamente, que se atrele ou vincule peremptoriamente o produto "Elma Chips" aos brindes oferecidos.

21. A utilização de promoção conjunta de bens de consumo com personagens presentes no cotidiano e evidência na mídia não é ilegal, pelo contrário, tal prática encontra respaldo, inclusive, no instituto da livre concorrência e da livre iniciativa, veiculadas na mídia, por exemplo:

a) A promoção lançada pela marca de leite condensado da Nestlé - *Leite Moça* no início de 2008 "Leve a Moça para sua casa!". "Na compra de 4 latas de leite condensado Nestlé, o consumidor levava para casa uma "boneca moça" e Promoção "Detone com Crunch" - na compra de um cereal matinal *Crunch*, o consumidor recebe um número de série para concorrer a 15 prêmios (entre eles, videogames e celulares moderníssimos).

b) Nas embalagens *Kellogg's Sucrilhos* era possível encontrar 4 modelos distintos de "*Shreck voador*", para colecionar, num total de 4 modelos. E, na compra de uma embalagem de *Sucrilhos* o consumidor levava um carimbo exclusivo para casa, podendo colecionar vários modelos e cores.

c) Na compra de produtos da *Sadia*, os consumidores ganhavam selos que, posteriormente, com o pagamento de mais R\$ 3,00, poderiam ser trocados por um dos "*Mascotes Sadia*", vestidos de esportistas, com alusão aos Jogos Panamericanos de 2007.

d) A *Bauducco* "É hora de Shreck" - juntando 5 embalagens de qualquer produto "gulosos" mais R\$ 5,00, o consumidor levava para casa um dos quatro modelos exclusivos de relógio "*Shreck*".

22. Assim, quando a apelada se propôs a lançar uma promoção, através de sua marca “Elma Chips”, amplamente notória e conhecida pelo público consumidor, aliando-se a uma empresa fabricante de brinquedos, como a SANRIO (licenciada da Hello Kitty no Brasil), a intenção é promover ambas as marcas, dentro de todos os princípios legais e éticos. NÃO HÁ NADA DE ABUSIVO E MUITO MENOS ILEGAL!!

23. De outra sorte, também não há irregularidade com as embalagens do salgadinho “Cheetos” pela utilização de cores excessivas e chamativas e referências aos personagens do ideário infantil.

24. Todas as medidas adotadas pela Apelada para impedir qualquer dano ao consumidor, mantendo a ética na propaganda publicitária tratada, principalmente, em relação à publicidade voltada para a criança são suficientes para a manutenção da r. sentença de fls. que anular o auto de infração e a multa em questão, como, aliás, já vislumbrou o e. Tribunal de Justiça no julgamento da apelação cujo acórdão já se encontra acostado a estes autos à fls. 76/79, consoante transcrição da ementa:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Improcedência – Confirmação – Venda casada – Inocorrência – Chaveiros sem valor comercial – Estratégia de marketing voltada ao incremento de vendas – Configuração – Publicidade enganosa ou abusiva – Não caracterização – Crianças estão sob orientação e autoridade paternas – Recurso não provido”.

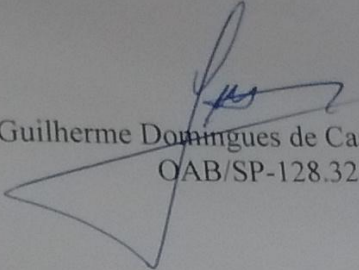
25. TODOS ESSES PONTOS FORAM ENFRENTADOS NA BRILHANTE SENTENÇA PROFERIDA PELO MM. MAGISTRADO “A QUO” NÃO MERECENDO QUALQUER REPARO.

26. Portanto, totalmente descabido o pleito recursal, não podendo prosperar a multa lavrada pelo PROCON.

CONCLUSÃO :

27. Por tudo isso, deve ser negado provimento ao recurso de apelação, mantendo-se integralmente a r. sentença de fls., inclusive quanto à verba honorária fixados dentro dos limites do art. 20, §3º do CPC, ato com o qual este E. Tribunal estará praticando a costumeira JUSTIÇA.

São Paulo, 5 de fevereiro de 2014.


Guilherme Domingues de Castro Reis
OAB/SP-128.329